COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia SU/075/18

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de unificación
Referencia	SU/075/18
Expediente	T-6.318.375
Fecha	2017-04-24
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Gloria Stella Ortiz Delg
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Legitimacion Por Activa En Tutela
- Accion De Tutela Contra Particulares
- Principio De Inmediatez En Accion De Tutela Para Proteger El Derecho Fundamental A La Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer En Estado De Gestacion
- Accion De Tutela Para Proteger El Derecho A La Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada O Gestante
- Estabilidad Laboral Reforzada De Mujer Embarazada Y En Periodo De Lactancia
- Proteccion Laboral Reforzada De Mujer Trabajadora Embarazada O En Lactancia

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Procedencia en razón de la subordinación que se halla implícita en toda en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de

Texto completo

SU075-18 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia SU075/18 LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA- Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES- Procedencia excepcional ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES - Procedencia en razón de la subordinación que se halla implícita en toda relación de naturaleza laboral PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA- Reglas generales PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EN ESTADO DE GESTACION- Reiteración de jurisprudencia Particularmente, en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD- Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional Cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de

discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA O GESTANTE - Procedencia excepcional ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Precedente judicial vigente PROTECCION LABORAL REFORZADA DE MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA O EN LACTANCIA- Fuerza vinculante con instrumentos internacionales DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Alcance DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Marco normativo y jurisprudencial FUERO DE MATERNIDAD- Alcance El fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA- Presunción legal según la cual, el despido obedece a un trato discriminatorio por motivos o con ocasión del embarazo PRESUNCION DE DESPIDO POR EMBARAZO- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia DERECHO FUNDAMENTAL A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA- Reglas jurisprudenciales fijadas en sentencia SU.070/13 Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada , esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013, a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia: (i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre , sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente: (a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada .

CONOCIMIENTO DEL EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR- Componente para determinar el alcance de la protección laboral a la maternidad ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Alternativa laboral en la cual se desempeñaba la trabajadora como elemento para establecer el grado de protección laboral a la maternidad ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Reglas en función de la modalidad del vínculo laboral fijadas en la sentencia SU.070/13 REGLAS SOBRE EL ALCANCE DE LA PROTECCION REFORZADA A LA MATERNIDAD Y A LA LACTANCIA EN EL AMBITO DEL TRABAJO- Alcance distinto según la modalidad del contrato y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada MUJER EMBARAZADA EN COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MUJER EMBARAZADA EN EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS MUJER EMBARAZADA EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPA CARGO DE CARRERA- Reglas de aplicación MUJER EMBARAZADA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Reglas de

aplicación MUJER EMBARAZADA EN CARRERA ADMINISTRATIVA DE ENTIDAD EN LIQUIDACION- Supuestos y reglas de aplicación ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA - Reglas de interpretación y alcance de la sentencia SU.070/13 La Sentencia SU-070 de 2013 estableció algunas pautas para precisar el alcance de la unificación normativa:

(i) En primer lugar, determinó que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral "son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia" . Añadió que el amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de la maternidad en sede de tutela.

(ii) En segundo lugar, manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Por tanto, estimó que debe darse un trato diferenciado "si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador" .

(iii) En tercer lugar, indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto.

(iv) Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Jurisprudencia constitucional en la que se ha aplicado la regla prevista en la sentencia SU.070/13 para los casos en los cuales el empleador no conoce acerca del estado de embarazo de la trabajadora LICENCIA DE MATERNIDAD - Naturaleza y finalidad LICENCIA DE MATERNIDAD- Marco normativo LICENCIA DE MATERNIDAD- Requisitos para el reconocimiento y pago CAMBIO DE PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TUTELA- Reglas Una de las facultades de la Sala Plena de la Corte Constitucional es el cambio de jurisprudencia vinculante en materia de tutela. Así, los fallos dictados por esta Sala, al unificar el alcance e interpretación de un derecho fundamental en un caso específico, son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para futuros casos que presenten el mismo problema jurídico. En tal sentido, la observancia del precedente protege el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades judiciales y el principio de seguridad jurídica.

De este modo, el fundamento para un cambio de jurisprudencia se restringe a los eventos en los cuales: (i) se haya reformado el parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) existan transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto; o (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en estas circunstancias, se deben presentar razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente.

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL- Importancia PRECEDENTE JUDICIAL- Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión PRECEDENTE HORIZONTAL Y VERTICAL- Diferencias PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL Y VERTICAL- Alcance y carácter vinculante OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE- Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional SUBSIDIO

ALIMENTARIO PARA MUJERES GESTANTES Y LACTANTES- Medidas legales y de política pública que lo desarrollan Existen diversas medidas legales y de política pública que desarrollan la obligación de garantizar el mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes, en cumplimiento del artículo 43 Superior. Por una parte, el subsidio alimentario previsto en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 constituye una protección a la cual pueden acudir las mujeres en estado de gravidez o en periodo de lactancia que se hallen en situación de desempleo, incluso si no se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado. Por otra, los mecanismos de protección dispuestos en la Ley 1636 de 2013 y sus decretos reglamentarios establecen una serie de prestaciones económicas que garantizan la dignidad humana y el mínimo vital de las mujeres embarazadas que cumplan con los requisitos para acceder a ellos. Tales beneficios son: (i) el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social; (ii) el reconocimiento de la cuota monetaria del subsidio familiar; y (iii) la entrega de los bonos de alimentación.

SUBSIDIO ALIMENTARIO PARA MUJERES GESTANTES Y LACTANTES- Jurisprudencia constitucional DERECHO A LA SALUD DE LA MUJER DURANTE EL EMBARAZO O EL PERIODO DE LACTANCIA Y DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD- Protección prevalente y continua En cumplimiento de los principios de universalidad, integralidad, eficiencia y prevalencia de derechos, la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud debe abarcar a toda la población .

De este modo, el Legislador ha previsto la existencia de dos regímenes de afiliación, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de todos los residentes en Colombia. Por tanto, pese a la eliminación de la categoría de participantes vinculados, resulta claro que las personas que aún no se encuentran afiliadas al Régimen Contributivo o al Subsidiado tienen derecho a recibir la prestación de los servicios básicos de salud, con cargo a las entidades territoriales. Adicionalmente, se debe resaltar que en cualquiera de las modalidades de afiliación o vinculación se prevé una especial protección para las mujeres durante la gestación, después del parto y en el periodo de lactancia.

Así las cosas, a partir de la especial protección constitucional prevista para las mujeres embarazadas y los niños menores de dos años, existen diferentes mecanismos de garantía de su derecho a la salud mediante los cuales se asegura su acceso a las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. De este modo, con independencia de que la mujer gestante esté vinculada laboralmente, puede recibir atención en salud en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional. Igualmente, mediante el mecanismo de protección al cesante se garantiza el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud para aquellas mujeres embarazadas que se encuentren en situación de desempleo.

Además, en caso de no contar con recursos económicos, puede afiliarse al Régimen Subsidiado, con el fin de recibir atención médica oportuna en las distintas etapas de la gestación, postparto y lactancia, además de otros beneficios.

Finalmente, la Sala concluye que, en todo caso, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, aún si no se encuentran afiliados al Régimen Contributivo o al Subsidiado.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Reglamentación por Ley 100/93 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- Régimen contributivo y subsidiado PROHIBICION DE EXCLUIR COMPLETAMENTE DEL SISTEMA DE SALUD A UNA MUJER EMBARAZADA- Jurisprudencia constitucional ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Sentido y alcance de la modificación jurisprudencial ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- El empleador no debe sufragar ni las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, ni la totalidad de dicha prestación económica cuando desvincula a una trabajadora embarazada sin conocer de su estado de gestación ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO, A TERMINO FIJO Y POR

OBRA O LABOR DETERMINADA- Precedente vigente ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO, A TERMINO FIJO Y POR OBRA O LABOR DETERMINADA- Fundamentación del cambio jurisprudencial El precedente vigente hasta este momento ha desdibujado el fundamento de las acciones afirmativas previstas para las mujeres en el espacio laboral, ya que parte de supuestos en los cuales no existe discriminación fundada en el ejercicio de su rol reproductivo. De esta manera, se desplaza una protección que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución se encuentra a cargo del Estado, para imponer dicha carga económica al empleador y, por consiguiente, generar una mayor discriminación para las mujeres en el ámbito del trabajo, dado que se incrementan los eventuales costos que se derivan de la contratación de mujeres.

En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa.

DERECHO DE LAS MUJERES AL TRABAJO EN CONDICIONES DE IGUALDAD Y EL FUERO DE MATERNIDAD ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA LAS MUJERES EN RAZON DE LA MATERNIDAD PARTICIPACION DE LA MUJER EN EL CAMPO LABORAL- Beneficios para las mujeres embarazadas para disminuir la brecha de desigualdad en razón al género La legislación colombiana ha incorporado una serie de beneficios para las trabajadoras gestantes con fundamento en las protecciones constitucionales que lo ordenan, con el objetivo de disminuir la brecha de desigualdad en razón al género, evitar el trato discriminatorio contra las trabajadoras a causa del embarazo y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres. Entre estos beneficios, se encuentran: (i) la prohibición de despedir a la mujer en embarazo sin el permiso del Inspector del Trabajo o fuero de maternidad; (ii) la licencia de maternidad de 18 semanas, la cual es pagada a través del sistema de seguridad social; (iii) el reintegro al puesto de trabajo; y (iv) un periodo de lactancia, equivalente a dos descansos de 30 minutos por un término de seis meses.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO, A TERMINO FIJO Y POR OBRA O LABOR DETERMINADA- Reglas fijadas a partir del cambio jurisprudencial PROTECCION DE LAS MUJERES GESTANTES CUANDO SE ENCUENTREN DESAMPARADAS O DESEMPLEADAS- Corresponde al Estado, al tenor del artículo 43 Superior MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada a partir del cambio jurisprudencial (i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013. Por consiguiente, se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación . (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con

la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE OBRA O LABOR - Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada a partir del cambio jurisprudencial (i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones:

a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo : En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir . Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

b. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada:

En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si el empleador no acude ante el inspector del 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, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T.

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (ii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO A TERMINO FIJO- Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de mujer embarazada a partir del cambio jurisprudencial (i) Cuando el empleador conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden tener lugar dos supuestos:

a. Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:

En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación ocurra una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:

En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral.

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST. No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva. (iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada.

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. DERECHO A LA SALUD Y AL MINIMO VITAL DE LAS MUJERES GESTANTES Y LACTANTES- Precedente acogido mantiene el nivel de protección alcanzado para sus hijos menores de dos años CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE MUJER EMBARAZADA CUANDO NO SE DEMUESTRA QUE EL EMPLEADOR TUVO CONOCIMIENTO DEL ESTADO DE EMBARAZO AL MOMENTO DEL DESPIDO- Empleador no debe asumir el pago de cotizaciones a la seguridad social ni el pago de la licencia de maternidad cuando desvincula a la trabajadora sin conocer su estado de embarazo Referencia: Expedientes acumulados:

1. T-6.240.380: Acción de tutela interpuesta por Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S. 2. T-6.318.375: Acción de tutela interpuesta por Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S.

E.S.P. 3. T-6.645.503: Acción de tutela interpuesta por Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. Procedencia: (1) Juzgado Veinte Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., (2) Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., (3) Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle del Cauca).

Asunto: Estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas cuando se demuestra que el empleador no tuvo conocimiento del estado de gravidez al momento de la desvinculación. Inexistencia de la obligación del empleador de sufragar las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil dieciocho (2018). La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión de los fallos dictados por los respectivos jueces de instancia, dentro de los asuntos de la referencia.

El 25 de agosto de 2017, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional escogió los expedientes T-6.240.380 y T-6.318.375 para su revisión, ordenó acumularlos entre sí y los repartió a la Magistrada Sustanciadora [1] .

Posteriormente, en sesión celebrada el 1 de noviembre de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió asumir el conocimiento del referido proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 61, inciso primero, del Acuerdo 02 de 2015 [2] .

Así mismo, en virtud de lo establecido en los artículos 59 y 61 del Reglamento Interno de este Tribunal, se declaró la suspensión de términos del proceso de la referencia.

De igual modo, el 23 de marzo de 2018, la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación resolvió seleccionar para revisión el expediente T-6.645.503 y ordenó acumularlo al expediente T-6.240.380, por presentar unidad de materia [3] .

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena procede a dictar la sentencia correspondiente, con fundamento en los siguientes I. ANTECEDENTES 1. Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S.

(Expediente T-6.240.380) El 17 de febrero de 2017, la señora Sandra Milena Rojas Gutiérrez interpuso acción de tutela en contra de T&S TEMSERVICE S.A.S., por estimar que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, así como los derechos del niño por nacer, con su decisión de desvincularla del empleo, pese a encontrarse en estado de embarazo. En este sentido, solicitó su reintegro a la empresa demandada y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su despido.

A. Hechos y pretensiones 1. La accionante manifiesta que el día 9 de diciembre de 2016 suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con la empresa accionada cuya terminación, según afirma, estaba programada para finales de agosto de 2017. En el marco de dicha relación laboral, en calidad de trabajadora en misión, debía desempeñar el cargo de residente de obra en la empresa usuaria Automotores San Jorge, con un ingreso equivalente a $2.500.000 [4] .

2. La tutelante indica que, en la mañana del 18 de enero de 2017, fue informada verbalmente por sus superiores en la empresa usuaria acerca de la decisión de culminar su contrato de trabajo, a lo cual no formuló objeción alguna, pues desconocía su estado de gravidez. No obstante, sostiene que, en ese momento, advirtió a sus supervisores que sospechaba que se encontraba en estado de gestación pero que no podía confirmar esta circunstancia hasta que fuera valorada por un profesional de la salud. Pese a lo anterior, relata que fue citada para presentarse en la empresa el 19 de enero de 2017, con el fin de que hiciera la “entrega formal” de su cargo al nuevo residente [5] .

3. Afirma que durante la tarde del 18 de enero de 2017 asistió a una cita médica de control, en la cual confirmó su estado de embarazo [6] . Añade que, al día siguiente, comunicó verbalmente a su jefe inmediato en la empresa usuaria acerca de su condición de gestante. Sin embargo, expresa que aquel le informó que debía dirigirse ante T&S TEMSERVICE S.A.S. para resolver su situación laboral [7] .

4. La actora relata que el 19 de enero de 2017 recibió una carta de terminación del vínculo con fecha del día anterior y que se negó a firmar dicha notificación debido a su desacuerdo con el despido [8] , toda vez que había comunicado acerca de su estado de gravidez con anterioridad a ese momento.

En su narración, la tutelante manifiesta lo siguiente: “le comuniqué al sr. Luis morales que sabía que estaba allí para recibir mi notificación por terminación de contrato y antes que me diera la carta (que aún no había redactado) le informe sobre mi estado y le entregue la certificación que me dieron en la eps (…) cuando me volvió a llamar el sr Luis a su oficina para informarme que pese al conocimiento de mi estado de embarazo que les había transmitido a la empresa cliente ellos ya había decidido terminar mi contrato desde el día anterior es decir el 18 de enero mismo día de

notificación verbal; ante esta situación le informe al sr. Luis que no firmaría la carta que me estaba entregando hasta ahora y con fecha del día anterior porque no me encontraba de acuerdo, le manifesté que no me parecía que pese a que les informe (sic)de mi estado me despidieran (…)" [9] .

5. Aduce que el representante del empleador le manifestó que, pese al conocimiento de su estado de embarazo, la empresa usuaria ya había decidido terminar su contrato desde el día anterior (es decir, desde el 18 de enero de 2017).

6. Mediante una carta remitida a la sociedad demandada el 24 de enero de 2017, la tutelante indicó que informaba nuevamente a la empresa de servicios temporales sobre su estado de embarazo [10] .

En dicho documento, se reitera la narración de los hechos que expuso la demandante en su escrito de tutela. 7. Añade la actora que actualmente es una mujer cabeza de familia, pues su ingreso es el único sustento de su hija de seis años de edad, quien no recibe ningún tipo de apoyo económico de su padre.

B. Actuación procesal Mediante auto del 20 de febrero de 2017, el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó vincular a la EPS Salud Total y a Automotores San Jorge [11] .

Respuesta de T&S TEMSERVICE S.A.S. La empresa accionada se opuso a las pretensiones de la accionante. Al respecto, señaló que las partes suscribieron un contrato de trabajo por el tiempo de duración de la obra o labor convenida, la cual en este caso consistía en un requerimiento de personal temporal que la Sociedad Automotores San Jorge realizó a T&S TEMSERVICE S.A.S. No obstante, manifestó que tal requerimiento finalizó el día 18 de enero de 2017, lo cual derivó en la terminación del contrato de trabajo de la actora por el acaecimiento de una causal legal objetiva.

Aunado a ello, adujo que la sociedad demandada no tuvo conocimiento del estado de embarazo de la tutelante. Estimo que, "tal como lo confiesa la accionante, para el momento en el que se le informó sobre la finalización del contrato de trabajo, ella misma no conocía de su estado de embarazo" [12] .

Por tanto, señaló que la finalización del contrato de trabajo de la actora no tuvo ninguna relación con su situación de gravidez. Así mismo, expuso que la demandante únicamente notificó a su empleador de su embarazo mediante el escrito del 24 de enero de 2017, lo cual corrobora que la desvinculación de la accionante carece de relación alguna con su condición de gestante. Añadió que la actora no aportó ninguna prueba que demostrara que la empresa accionada conocía del estado de gravidez de aquella con anterioridad a la finalización del vínculo laboral.

Por otra parte, señaló que la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia formulada por la accionante, pues puede acudir a la jurisdicción laboral ordinaria para discutir la legalidad de la terminación de la relación de trabajo que existía entre las partes. En este orden de ideas, resaltó que la actora no evidenció la configuración de un perjuicio irremediable que tornara procedente el amparo como mecanismo transitorio de protección.

Respuesta de Automotores San Jorge S.A. La sociedad comercial, en su calidad de empresa usuaria, indicó que la tutelante se desempeñó como trabajadora en misión remitida por la empresa T&S TEMSERVICE S.A.S. para suplir las necesidades propias de una actividad accidental u ocasional, la cual se llevó a cabo entre el 9 de diciembre de 2016 y el 18 de enero de 2017 [13] .

En este sentido, resaltó que entre Automotores San Jorge S.A. y la accionante no existió vinculación laboral alguna, pues solo existe una relación mercantil con la empresa de servicios temporales que proporciona los trabajadores en misión que se requieren para labores ajenas de su actividad comercial.

Finalmente, señaló que la tutelante nunca manifestó encontrarse en estado de gravidez y que, "como ella misma lo afirma en el hecho segundo no manifestó objeción alguna" [14] a la finalización del contrato.

Respuesta de Salud Total E.P.S. La entidad solicitó su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, por estimar que no vulneró ningún derecho fundamental de la accionante. Al respecto, manifestó que ha cumplido con las obligaciones derivadas del contrato de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo.

C. Decisiones objeto de revisión Sentencia de primera instancia Mediante sentencia del 2 de marzo de 2017, el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente "la pretensión para el reintegro, pago de salarios y prestaciones sociales" de la accionante, por considerar que existen otros mecanismos judiciales para resolver la controversia formulada por la actora [15] .

En este sentido, manifestó que la trabajadora debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral pues el juez constitucional "no puede (…) entrar a conocer de fondo sobre la solicitud elevada por el accionante ni pronunciarse sobre el incumplimiento contractual entre los contratantes" [16] .

Por otro lado, el fallador consideró demostrado que la empresa demandada no tenía conocimiento de los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela. En este sentido, sostuvo que la tutelante afirmó en su solicitud de amparo que no se opuso inicialmente a la terminación de su contrato de trabajo. Por tanto, el conocimiento del estado de gravidez de la actora no fue el motivo de la finalización del vínculo laboral.

Impugnación Inconforme con el fallo anterior, la accionante impugnó tal decisión [17] . Alegó que el a quo no tuvo en cuenta los lineamientos constitucionales sobre la materia y reiteró los hechos relatados en el escrito de tutela.

Sin embargo, agregó una nueva circunstancia a la narración fáctica presentada en la solicitud de tutela, toda vez que afirmó que, al momento de iniciarse el vínculo laboral, se le practicaron exámenes de ingreso (prueba de embarazo y serología) [18] .

Agregó que los resultados de dicho examen fueron remitidos directamente a la empresa, por lo cual la tutelante no tuvo conocimiento de los mismos.

Por lo anterior, concluyó que su estado de embarazo había podido evidenciarse por la empresa demandada en los exámenes de ingreso, por lo cual solicitó que se tuvieran en cuenta los resultados de la ecografía realizada el 21 de enero de 2017 los cuales, en su criterio, permiten deducir que la accionada pudo tener tal conocimiento [19] .

Sentencia de segunda instancia El 24 de abril de 2017, el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales de la actora [20] .

El juzgador estimó que, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013, en el asunto de la referencia se cumplía con los presupuestos señalados por la jurisprudencia constitucional para garantizar la estabilidad laboral de la trabajadora en embarazo. En este sentido, explicó que la protección no depende de la razón por la cual se finalizó el contrato de trabajo que vinculaba a las partes y precisó que la accionante se encontraba en estado de gravidez para el momento de su desvinculación [21] .

No obstante, el ad quem sostuvo que no se logró establecer que la entidad demandada tenía conocimiento del embarazo de la tutelante a la fecha del despido ni acerca de la subsistencia de la obra o labor contratada.

En este orden de ideas, estimó que la competencia para determinar la procedencia del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir correspondía a la jurisdicción laboral ordinaria, por lo que decidió "abstenerse de emitir un pronunciamiento" en la parte resolutiva respecto a dichas pretensiones [22] .

Por consiguiente, ordenó que se afiliara a la actora al Sistema General de Seguridad Social y que se garantizaran los aportes al mismo hasta el momento en que aquella culminara su licencia de maternidad.

2. Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (Expediente T-6.318.375) El 24 de abril de 2017, Sandra Liliana Tinoco Ramos presentó acción de tutela en contra de la sociedad Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P., por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales de petición, al trabajo, a la vida, a la familia y que desconoció la protección especial a la maternidad y a los menores de edad, al finalizar su contrato de trabajo por despido sin justa causa, pese a que se encontraba en estado de embarazo al momento de la desvinculación.

A. Hechos y pretensiones 1. Sandra Liliana Tinoco Ramos relata que el 10 de octubre de 2016 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada para desempeñar el cargo de ejecutiva comercial de envasado [23] .

2. Refiere la tutelante que el 15 de marzo de 2017 el empleador le notificó la terminación unilateral del contrato por despido sin justa causa, con efectos inmediatos [24] .

Indica que en la carta de terminación se le solicitó que se realizara el respectivo examen de egreso y señala que dicho documento no expuso las razones que motivaron su retiro del cargo.

3. Afirma que, el 29 de marzo de 2017, dos semanas después de la fecha en que culminó la relación laboral, se practicó una prueba de embarazo en un laboratorio clínico, la cual arrojó un resultado positivo [25] .

Por tanto, refiere que ese mismo día acudió al servicio de salud para que se estableciera con certeza su estado de gravidez mediante una ecografía [26] .

4. Sostiene que el 31 de marzo de 2017 acudió nuevamente al servicio médico y que se le practicó una nueva ecografía, en la cual se confirmó que su tiempo de gestación era de 3,6 semanas [27] .

De acuerdo con lo anterior, la tutelante estima que para la fecha en que Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. decidió desvincularla unilateralmente, ya se encontraba en estado de gravidez.

5. El 10 de abril de 2017, la actora presentó una petición en la cual informó a la accionada acerca de su embarazo y solicitó su reintegro laboral, dado que aún no se habían cancelado los emolumentos derivados de la terminación del vínculo laboral [28] .

Sin embargo, el 18 de abril de 2017 la sociedad demandada contestó a la solicitud de la peticionaria y manifestó que no resultaba viable acceder a sus pretensiones [29] .

6. En su escrito de tutela, la accionante aseveró que el amparo era procedente para la protección de los derechos fundamentales invocados dado que, para conjurar el perjuicio irremediable que el despido podía ocasionarle, se requería la intervención del juez constitucional.

B. Actuación procesal El Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela el 25 de abril de 2017 y solicitó a la empresa demandada pronunciarse en relación con los hechos propuestos por la actora [30] .

Respuesta de Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. El 4 de mayo de 2017, la empresa accionada manifestó que la tutelante no se practicó los exámenes de egreso dentro del término de cinco días previsto en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, pues nunca allegó constancia de los mismos [31] .

Advirtió que la sociedad demandada no tenía conocimiento del estado de embarazo de la actora al momento de la desvinculación y que la propia accionante no sabía de su estado de gravidez para dicha fecha. En efecto, sostuvo que a partir de lo expuesto por la tutelante, transcurrieron 16 días entre la terminación de la relación laboral y el día en que la

accionante se enteró de su condición de gestante. Por lo anterior, estima que el despido no podía fundarse en circunstancias que tanto la empresa demandada como la solicitante desconocían.

Finalmente, puso de presente que la accionante dispone de la posibilidad de afiliarse al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

C. Decisiones objeto de revisión Sentencia de primera instancia Mediante Sentencia del 10 de mayo de 2017, el Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

negó el amparo solicitado por considerar que la peticionaria disponía de otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos invocados, por lo cual concluyó que la acción de tutela es improcedente [32] .

Específicamente, el fallador estimó que la actora podía acudir a la jurisdicción laboral ordinaria. Además, adujo que a partir de las pruebas allegadas al expediente no se evidenciaba la existencia de un perjuicio irremediable.

Impugnación El 19 de mayo de 2017, la solicitante impugnó la Sentencia de primera instancia. Señaló que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las mujeres que son desvinculadas de su trabajo pese a su estado de embarazo [33] .

Adicionalmente, expresó su inconformidad respecto del análisis del a quo sobre la inexistencia de un perjuicio irremediable, pues estimó que el mismo sí se configuraba, debido al desgaste que implica acudir a la jurisdicción ordinaria.

Sentencia de segunda instancia Mediante sentencia del 12 de julio de 2017, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia [34] .

En su decisión, el juzgador consideró que la accionante efectivamente se encontraba en estado de gravidez en el momento en el cual fue desvinculada.

No obstante, aclaró que no se configuraba la presunción de despido por causa del embarazo dado que no existía prueba alguna de que el empleador estuviera enterado de la condición de gestante de la actora o debiera conocerla por tratarse de un hecho notorio.

3. Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (Expediente T-6.645.503) El 22 de septiembre de 2017, Ángela Sorany Salazar Urrea presentó acción de tutela en contra de la sociedad Almacenes Éxito S.A., por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al trabajo y a la salud “en conexión con la vida” , al finalizar su contrato de trabajo por despido con justa causa y con posterioridad a un proceso disciplinario, pese a que en dicho momento se encontraba en estado de embarazo.

A. Hechos y pretensiones 1. Ángela Sorany Salazar Urrea indica que el 2 de octubre de 2015 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido [35] con la sociedad accionada para desempeñarse como cajera del almacén Super Inter Castilla en la ciudad de Pereira, labor por la cual recibía una asignación correspondiente a $748.800.

2. Relata la tutelante que el 19 de julio de 2017 fue despedida de la empresa demandada “como resultado de un supuesto proceso disciplinario, en donde dada la poca claridad de la supuestas (sic) infracción cometida por mí, me sentí cohibida y (…) termine aceptando una conducta de la cual no fui responsable y como si fuera poco, por un valor que no vale la pena, mucho menos cuando en mi condición de cajera maneje para la compañía mucho dinero, (…) sin queja alguna” [36] .

3. La actora refiere que el 10 de agosto de 2017 se practicó una ecografía, la cual determinó la existencia de un embarazo de seis semanas de edad gestacional [37] .

4. Sostiene que el 15 de agosto de 2017 presentó una petición en la cual informó su estado de embarazo y solicitó vincularse nuevamente a la empresa. En este sentido, manifestó que prefería no extenderse en “complicados temas jurídicos laborales”, sino que puso de presente su condición de gestante “y por lo tanto más bien apelo a su solidaridad y buen corazón y a mi probada lealtad a la empresa” respecto de la cual reiteró su voluntad de trabajo y “cariño” [38] .

5. Refiere que, al momento de su retiro, la accionada no la remitió para practicarse el correspondiente examen médico de egreso. Al respecto, señala que si la empresa demandada hubiera cumplido con tal requisito, habría advertido su estado de gravidez y que, por tanto, requería la autorización del Ministerio del Trabajo para su despido.

6. En su escrito de tutela, la accionante manifiesta su calidad de madre cabeza de hogar y afirma que su situación económica es difícil, que se encuentra atrasada en el “pago de su vivienda” [39] y que no cuenta con atención médica.

B. Actuación procesal El Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago (Valle del Cauca) admitió la acción de tutela el 25 de septiembre de 2017 y vinculó a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud (S.O.S.), a la A.R.L. Sura y a la Administradora Colombiana de Pensiones —COLPENSIONES— [40] .

Respuesta de Servicio Occidental de Salud E.P.S. La entidad informó que la actora se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud [41] . No obstante, indicó que la EPS carece de legitimación por pasiva en la medida en que las pretensiones expuestas por la tutelante carecen de relación con las funciones y actuaciones de la institución vinculada.

Respuesta de A.R.L. Sura La empresa solicitó su desvinculación del proceso de tutela de la referencia toda vez que no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la actora.

Respuesta de COLPENSIONES AFP La entidad señaló que carece de competencia administrativa y funcional para satisfacer las pretensiones de la accionante, puesto que las mismas se refieren a una actuación que correspondería a Almacenes Éxito.

Respuesta de Almacenes Éxito S.A. Mediante escrito del 3 de octubre de 2017, la sociedad demandada se opuso a las pretensiones de la accionante y solicitó que se declarara la improcedencia del amparo.

En relación con la desvinculación laboral de la tutelante, destacó que su retiro tuvo lugar como consecuencia de una justa causa, toda vez que se llevó a cabo un proceso disciplinario, en el marco del cual la actora rindió descargos sin manifestar los hechos que presentó en la acción de tutela en relación con dicho procedimiento [42] .

En efecto, la actora admitió que redimió un bono de descuento (beneficio exclusivo para los clientes) y, con ello, alteró una factura de venta con el fin de obtener el dinero correspondiente a dicho descuento, pues al destinatario se le cobró el valor completo, pese a encontrarse registrada la deducción del valor en la factura [43] .

Así mismo, expresó que la práctica del examen médico de egreso se encuentra a cargo de las instituciones del Sistema de Seguridad Social, respecto de las cuales la empresa accionada realizó los aportes respectivos. Aunado a ello, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha considerado innecesaria la práctica del examen de egreso para los empleados que estuvieren amparados por el sistema de seguridad social [44] . En cuanto a la petición de reintegro elevada por la actora ante la sociedad demandada el 15 de agosto de 2017, la accionada manifestó que se trataba de una solicitud “extemporánea” [45] .

Por otra parte, Almacenes Éxito S.A. resaltó que al momento de la terminación del contrato de trabajo, ni la empresa demandada ni la propia accionante conocían del estado de embarazo de la actora. Por tanto, dado que no existió un nexo de causalidad entre la finalización de la relación laboral y la condición de gravidez de la tutelante, consideró que no había lugar al reintegro pretendido.

De igual modo, explicó que la acción de tutela tiene como presupuesto que la persona contra la cual se dirige tenga la obligación legal de proteger los derechos fundamentales amenazados. Sin embargo, estima que lo pretendido por la actora es imponer al empleador una obligación que no está prevista en la legislación vigente.

Así mismo, manifestó que la accionante recibió la totalidad de los salarios y prestaciones respectivas. No obstante, adujo que "al momento de la finalización del vínculo laboral cesan para el empleador sus obligaciones de remunerar y continuar efectuando aportes a la seguridad social (…)" [46] .

En tal sentido, sugirió que la actora podía tener acceso al Régimen Subsidiado para recibir atención en salud, en caso de ser necesario. Por último, añadió que la acción de tutela no procede dado que la actora puede acudir a la jurisdicción laboral ordinaria para discutir las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

C. Decisiones objeto de revisión Sentencia de primera instancia Mediante sentencia del 4 de octubre de 2017, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago (Valle del Cauca) concedió el amparo solicitado y, como consecuencia de ello, ordenó a Almacenes Éxito S.A. reintegrar a la actora y sufragar las "prestaciones sociales" dejadas de percibir, de forma retroactiva [47] .

En primer lugar, aseveró que la solicitud de amparo procede en el caso concreto debido a que tanto la madre como el hijo recién nacido se encuentran en condición de indefensión.

En segundo lugar, el fallador refirió que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Resolución No. 2346 de 2007, expedida por el Ministerio de Protección Social, resulta obligatorio para el empleador realizar la evaluación médica post-ocupacional o de egreso.

De este modo, consideró que la empresa demandada omitió su deber legal de llevar a cabo el examen ocupacional y que, de haber cumplido con dicha obligación, hubiera advertido el estado de gestación de la tutelante. Además, sostuvo que la actora informó al empleador de su condición de gestante mediante un escrito remitido el 15 de agosto de 2017, sin que la entidad accionada "se hubiese manifestado de conformidad" [48] .

Por otra parte, a partir de los medios probatorios allegados, concluyó que la accionante se encontraba en estado de gravidez para el momento en el cual fue desvinculada de Almacenes Éxito S.A. En tal sentido, estimó que la entidad accionada debió acudir al inspector del trabajo para llevar a cabo el despido de la tutelante.

Aunado a lo anterior, acreditó la falta de conocimiento del empleador y citó la jurisprudencia constitucional según la cual dicha circunstancia "dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia" [49] . No obstante, ordenó el reintegro de la accionante a un cargo igual o superior al que ocupaba durante el período de gestación y los tres meses posteriores al parto. También, dispuso el pago de las "prestaciones sociales" dejadas de percibir por la actora desde su despido.

Finalmente, desvinculó a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud (S.O.S.), a la A.R.L. Sura y a la Administradora Colombiana de Pensiones —COLPENSIONES—.

Impugnación El 9 de octubre de 2017, Almacenes Éxito S.A. impugnó la sentencia de primera instancia. Sostuvo que la acción de tutela tiene un carácter excepcional, residual y subsidiario, por lo cual no puede ser utilizado como un mecanismo ordinario o alternativo de aquellos dispuestos por las normas jurídicas [50] .

De igual modo, alegó que no resulta viable "crear a favor de la tutelante un derecho que no le pertenece o ampliar el que le concede la legislación vigente" [51] .

Al respecto, precisó que el juez constitucional debe tener en cuenta que no hay "empresarios mágicos que puedan garantizar en forma absoluta todos los derechos con abstracción de su realidad económica" [52] .

En este sentido, la sociedad accionada expresó que la garantía de los derechos fundamentales a la seguridad social y al trabajo de las mujeres gestantes se encuentra a cargo del Estado y no del antiguo empleador, máxime cuando no existe un vínculo laboral entre las partes.

Adicionalmente, la recurrente manifestó que la terminación del contrato laboral que existió con la accionante obedeció a una justa causa debidamente comprobada y que no tuvo móviles discriminatorios, toda vez que ni la actora ni la empresa demandada conocían del estado de gravidez de la primera.

Por tanto, dado que la tutelante comunicó su condición de gestante 27 días después de la terminación de la relación laboral, estima que el reintegro resulta una medida desproporcionada.

Sentencia de segunda instancia Mediante sentencia del 16 de noviembre de 2017, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle del Cauca) revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó la protección de los derechos invocados en la acción de tutela [53] .

Indicó el juzgador que, de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, para que opere el reintegro laboral se requiere que el despido se haya fundado en la condición de vulnerabilidad del trabajador y explicó que dicha motivación se presume cuando no existe justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

Estimó que, en el presente asunto, la terminación de la relación laboral estuvo precedida de un proceso disciplinario y que el estado de embarazo de la actora fue conocido mucho después de la finalización de dicho vínculo, por lo que no existe conexidad entre la condición de la trabajadora y su despido.

En relación con la omisión del empleador de realizar el examen médico de egreso, el fallador señaló que el propósito de dicha evaluación es “valorar y registrar las condiciones de salud en las que el trabajador se retira de las tareas o funciones asignadas” [54] y, en este orden de ideas, diagnosticar alguna enfermedad profesional o secuelas de eventos profesionales que no se hubieran identificado durante la relación laboral.

De este modo, resaltó que el examen de egreso “tampoco hubiera determinado el estado de gravidez de la accionante dado que no se puede exigir prueba que lo determine” [55] en virtud de la Resolución 3716 de 1994, según la cual no puede requerirse la práctica de pruebas de embarazo en los exámenes pre-ocupacionales o de ingreso.

Por último, manifestó que no era procedente el reintegro dado que dicha medida únicamente resultaba viable cuando el motivo del retiro fuera el estado de embarazo y no una causal objetiva y relevante que lo justifique, además del conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora desvinculada.

4. Actuaciones en sede de revisión 4.1. Pruebas solicitadas para cada uno de los expedientes acumulados: A. Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S.

(Expediente T-6.240.380) 1. Mediante auto del 17 de octubre de 2017 , la Magistrada Sustanciadora solicitó varias pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia.

En particular, ofició a la accionante para que informara acerca de su situación laboral, económica y familiar [56] . Así mismo, se solicitó a ambas partes que aportaran todos los elementos probatorios o evidencias de las cuales dispusieran para comprobar o desvirtuar los hechos afirmados en el escrito de impugnación, particularmente en relación con la prueba de embarazo que presuntamente se le practicó al momento de iniciar su relación laboral con la empresa demandada.

Igualmente, se ordenó a la sociedad vinculada Automotores San Jorge y a T&S TEMSERVICE S.A.S. que allegaran los medios de convicción que demostraran la finalización de la obra o labor por cuya duración fue contratada la accionante;

es decir, las pruebas que evidenciaran el momento en el cual el requerimiento de personal temporal formulado por la empresa usuaria culminó efectivamente.

Respuesta de la accionante Sandra Milena Rojas Gutiérrez En la respuesta allegada el 23 de octubre de 2017, la tutelante manifestó que su proceso de gestación culminó satisfactoriamente con el nacimiento de su hijo. No obstante, afirmó que tuvo problemas de "pre eclampsia" durante su embarazo [57] los cuales, a su juicio, se originan en el estrés derivado de su despido de la empresa demandada.

Sostuvo que su núcleo familiar se encuentra conformado por su padre (quien trabaja como guardia de seguridad), su madre (quien es pensionada) y sus hijos menores de edad, los cuales se encuentran a su cargo.

Por otra parte, en relación con los medios de subsistencia con los cuales ha contado desde el momento de su desvinculación, informó que sus padres han asumido el sostenimiento alimentario de la actora, de su hija de siete años y de su hijo recién nacido. Adicionalmente, señaló que cada uno de los padres de sus hijos aporta una cuota alimentaria correspondiente a $200.000 [58] .

Agregó que con el dinero correspondiente al pago de la licencia de maternidad pudo sufragar varios gastos, entre los cuales se encontraban los cánones de arrendamiento pendientes.

En cuanto a la culminación de la obra o labor por la que fue contratada, la tutelante indicó que la misma no había concluido y aportó varias fotografías que, de acuerdo con sus afirmaciones, pertenecen a la construcción en la cual prestó los servicios la tutelante y fueron tomadas el 21 de octubre de 2017 [59] .

Finalmente, insistió en que la IPS Empresalud Ocupacional había realizado una "prueba de embarazo" dentro de los exámenes de ingreso y que dicha entidad se negaba a entregarla [60] .

Por tanto, aseveró que era posible que la accionada conociera de su estado de gravidez debido a tal circunstancia. Respuesta de T&S TEMSERVICE S.A.S.

La empresa accionada reiteró que la desvinculación de la accionante se originó en la terminación definitiva del requerimiento de personal temporal formulado por la sociedad Automotores San Jorge a la empresa de servicios temporales. Por tanto, la finalización del contrato de trabajo tuvo lugar en los términos de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Aunado a ello, la demandada resaltó que nunca tuvo conocimiento del estado de gravidez de la actora, toda vez que: (i) la fecha de la prueba de embarazo es posterior a la finalización del contrato de trabajo; (ii) la accionante recibió la carta de terminación del vínculo laboral y la liquidación "sin realizar manifestación alguna sobre el estado de embarazo" [61] ;

y (iii) no es posible predicar que el embarazo de la actora era un hecho notorio, pues para tal efecto se requiere que la mujer tenga más de cinco meses de gestación. Sin embargo, ello no ocurría en el caso de la tutelante.

2. Mediante auto del 3 de noviembre de 2017 , se requirió a Automotores San Jorge para que proporcionara la información solicitada por la Magistrada Sustanciadora.

Respuesta de Automotores San Jorge S.A. A través de apoderado judicial, la empresa nuevamente sostuvo que el requerimiento de personal temporal que realizó a la empresa T&S TEMSERVICE S.A.S., el cual tenía como finalidad "atender un requerimiento en su producción" , finalizó el 18 de enero de 2017 [62] . En este sentido, afirmó que para dicha fecha "otras relaciones de trabajo también finalizaron, toda vez que el incremento en la producción fue atendido y no se trata de una circunstancia en razón a la persona Sandra Milena Rojas Gutiérrez" [63] .

Para sustentar tales aseveraciones, la empresa allegó un documento suscrito por el representante legal de Automotores San Jorge S.A. en el cual se señala que la accionante "fue asignada en el proyecto de AMPLIACIÓN DE TALLER para

la primera Etapa ciclo I de excavación y Ciclo II de Reforzamiento Estructural Cimentación, en la fase de alistamiento, la cual se terminó en el mes de enero de 2017" [64] .

Así mismo, presentó un listado de los trabajadores en misión de T&S TEMSERVICE S.A.S. a quienes se les terminó el contrato laboral durante el mes de enero de 2017 [65] .

En dicho documento, se relacionan los nombres y documentos de identidad de 15 trabajadores y se indica su fecha de desvinculación. No obstante, no se indicó cuál era la labor de dichos empleados en misión en la empresa usuaria.

También, aportó como prueba una carta firmada por la Jefa Administrativa de Automotores San Jorge S.A. en la cual se solicita "la terminación de la Obra Labor a partir del 18 de enero de 2017 para la Sra. Sandra Milena Rojas Gutiérrez (…) quien culminó el Ciclo I y Ciclo II de la primera Etapa de obra" [66] .

3. El 17 de noviembre de 2017, la accionante allegó a esta Corporación una copia de los resultados del examen ocupacional practicado al momento de su ingreso a la empresa demandada [67] . No obstante, dado que se advirtió que no figuraba la prueba de embarazo a la cual hizo alusión la tutelante, mediante auto de 1° de marzo de 2018 la Magistrada Sustanciadora ofició a la I.P.S. Empresalud Ocupacional para que aportara "la totalidad de los exámenes médicos de ingreso practicados a la accionante" [68] .

Respuesta de la IPS Empresalud Ocupacional. El 9 de marzo de 2018, la entidad remitió el certificado médico y el examen de serología realizado a la accionante el 7 de diciembre de 2017 [69] .

4. El 15 de enero de 2018 la actora presentó un escrito en el cual manifestó que estaba en una situación económica y social precaria, que se encontraba desempleada y en mora en el pago de varias obligaciones [70] .

Así mismo, aportó varios documentos que, en su criterio, soportan las circunstancias narradas en el referido memorial [71] . 5. Finalmente, el 12 de febrero de 2018, la tutelante se pronunció respecto de las respuestas otorgadas por T&S TEMSERVICE S.A.S. y Automotores San Jorge S.A. en sede de revisión [72] .

Al respecto, reiteró varias de las afirmaciones que fueron realizadas en su escrito de tutela y expuso las razones por las cuales estima que no es cierto que el motivo de la finalización de su contrato laboral haya sido la terminación de la obra o labor contratada.

Aunado a ello, allegó algunos medios probatorios que, a su juicio, demuestran la anterior circunstancia. En este sentido, aportó un documento en el cual figura el presupuesto de la obra civil en la cual desarrolló sus funciones la tutelante. De conformidad con este escrito, para el 10 de enero de 2017 se había ejecutado apenas el 5% del proyecto "Ampliación Automotores San Jorge II Etapa" [73] .

Así mismo, allegó varias fotografías que, para la actora, demuestran la continuación de la obra [74] . Igualmente, presentó dos recibos que dan cuenta de la remisión de un material [75] y aportó un mensaje de correo electrónico en el cual hizo entrega formal de su puesto de trabajo para que estuviera a disposición de un nuevo ingeniero, lo cual indica, en su criterio, que la obra para la cual fue contratada continuó con posterioridad a su desvinculación [76] .

B. Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (Expediente T-6.318.375) 1. Mediante auto del 17 de octubre de 2017 , la Magistrada Sustanciadora solicitó varias pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia. En particular, ofició a la accionante para que informara acerca de su situación laboral, económica y familiar [77] .

Además, advirtió que varios de los documentos allegados por la actora como anexos al escrito de tutela eran completamente ilegibles. Por consiguiente, pidió a la accionante que allegara nuevamente tales elementos probatorios (especialmente las copias de los exámenes médicos aportados), previa verificación de su legibilidad.

Respuesta de la accionante Sandra Liliana Tinoco Ramos Mediante escrito radicado el pasado 24 de octubre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación, la accionante absolvió las preguntas formuladas por la Corte Constitucional. Sobre el particular, informó que en la actualidad no trabaja [78] ni percibe ingresos de ningún tipo y que depende económicamente de su madre, quien le proporciona lo necesario para su subsistencia. También, explicó que el padre de su futuro hijo no vive con ella ni ha aportado en forma alguna para su sustento.

Igualmente, indicó que vive junto con su madre, sus tíos y varios sobrinos en la casa de su abuela. Añadió que sus egresos corresponden a gastos de alimentación, transporte y demás necesidades básicas que ha debido asumir.

Por último, declaró que para el momento de remitir la respuesta su estado de salud era normal, que llevaba bien su embarazo y que tenía aproximadamente 33 semanas de gestación, por lo cual los médicos previeron que su hijo nacería a finales del mes de noviembre o inicios de diciembre de 2017.

Con el propósito de demostrar los hechos narrados, la actora allegó copia de varios soportes clínicos (copias de resultados de exámenes médicos), tres declaraciones juramentadas ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá [79] y dos facturas de servicios públicos domiciliarios [80] en las que se demuestra que ese inmueble corresponde a la dirección de notificaciones informada por la tutelante.

2. Igualmente, a través de escrito radicado el 18 de octubre de 2017, la señora Sandra Liliana Tinoco Ramos presentó una solicitud de medida provisional, la cual fue negada por la Sala Plena de la Corte Constitucional a través del Auto 601 de 2017 .

Solicitud de medida provisional En el curso del trámite de revisión [81] , la accionante presentó un escrito en el cual solicitó que se decretara una “medida provisional preventiva” con el propósito de evitar un perjuicio irremediable en la salud y la vida de su hijo por nacer.

En su solicitud, la actora manifestó que contaba con ocho meses de embarazo y que sentía “cierto temor” de que el nacimiento de su hijo sucediera en circunstancias poco favorables, debido a su falta de ingresos económicos. Además, expresó que no tenía certeza acerca de su eventual situación de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud para el momento del nacimiento de su hijo.

Así mismo, afirmó que había cotizado con sus propios recursos para obtener atención médica. Por tanto, la solicitante pidió que, como mínimo, se ordenara su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

La peticionaria adjuntó a la solicitud de medida cautelar varios documentos relacionados con su estado de gestación, tales como exámenes médicos, autorizaciones de servicios médicos y una copia de la historia clínica perinatal.

Auto 601 de 2017 El 8 de noviembre de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional negó la medida provisional solicitada por la accionante. En esa ocasión, la Corporación estimó que la afectación sobre los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital expuesta por la actora era eventual e hipotética, dado que, entre los medios probatorios aportados no figuraba evidencia alguna que permitiera inferir la existencia de un riesgo o peligro inminente para la salud de la tutelante o de su hijo por nacer, o para su proceso de gestación.

En tal sentido, la Sala estimó que, aún en la eventualidad en que la accionante careciera de los medios económicos para permanecer en el Régimen Contributivo, ello no implicaba su exclusión del Sistema de Seguridad Social en Salud toda vez que, en dicho caso, debía ser atendida en el Régimen Subsidiado, dentro del cual tenía particular importancia dada su condición de gestante.

Así mismo, recalcó que la accionante era beneficiaria de la especial asistencia y protección del Estado, consagrada en el artículo 43 de la Constitución, debido a su condición de gravidez. Por ende, recordó que el artículo 166 de la Ley 100 de

1993 dispuso un subsidio alimentario para las mujeres gestantes afiliadas al Régimen Subsidiado, el cual se encuentra a cargo del ICBF.

C. Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (Expediente T-6.645.503) 1. A través de auto del 23 de mayo de 2018 , la Magistrada Sustanciadora solicitó varias pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia. En particular, ofició a la accionante para que informara acerca de su situación laboral, económica y familiar [82] .

De igual modo, la Corte solicitó a Almacenes Éxito S.A. que allegara la totalidad de los soportes correspondientes al proceso disciplinario que se llevó a cabo en contra de la señora Ángela Sorany Salazar Urrea y que culminó en su desvinculación.

Respuesta de Almacenes Éxito S.A. La sociedad anónima accionada aportó los siguientes documentos: (i) copia de la carta de citación a descargos a Ángela Sorany Salazar Urrea por las faltas disciplinarias consistente en el cobro de un bono de descuento exclusivo para clientes y la alteración de una factura, del 17 de julio de 2017 [83] ;

(ii) copia del acta de diligencia de descargos presentados por la accionante el 18 de julio de 2017 [84] ; y (iii) copia simple de la carta de terminación del contrato de trabajo, con fecha del 19 de julio de 2017 [85] .

En los referidos escritos, se expone que el proceso disciplinario que culminó con el despido de la actora se fundamentó en los hechos ocurridos el 22 de junio de 2017. De conformidad con lo señalado por el Departamento de Recursos Humanos, se indica que la tutelante pidió a un domiciliario que redimieran un bono de descuento que le habían regalado y que posteriormente le entregara a ella el dinero correspondiente al valor deducido.

No obstante, cuando el cliente evidenció en la factura el descuento referido, manifestó su inconformidad pues el domiciliario le había cobrado el valor normal, argumentó que dicho comprobante de pago no correspondía a la realidad y devolvió la factura para que el administrador del almacén solucionara la novedad.

Por último, la empresa accionada sostiene que la trabajadora reconoció la falta disciplinaria en dos ocasiones: (i) al ser confrontada por su jefe inmediato; y (ii) al momento de la diligencia de descargos.

Respuesta de la accionante Ángela Sorany Salazar Urrea La actora manifiesta que su situación económica no ha mejorado desde la revocatoria del fallo de tutela que protegió sus derechos fundamentales, pues la liquidación pagada por su anterior empleador fueron solo “unos pocos pesos” [86] , que fueron gastados en la manutención propia y de sus hijos. Al respecto, afirma que su familia y algunos amigos han contribuido a su sustento económico.

No obstante, sostiene que su situación es precaria, pues sus necesidades básicas “ascienden a unos $800.000” [87] y no se encuentra laborando porque su tiempo libre lo dedica al cuidado de sus hijos, especialmente al niño recién nacido.

Además, alega que debido a su insolvencia económica no ha podido pagar oportunamente los distintos servicios públicos, lo que ocasionó la suspensión de la prestación del servicio de gas domiciliario [88] .

De igual modo, la actora afirma que de forma ocasional convive con el padre de su última hija, “quien trabaja informalmente” [89] y contribuye al sustento de la niña de dos meses de edad.

Sumado a lo anterior, la accionante asegura que del banco recibe llamadas a diario, en las cuales “es amenazada” [90] con el remate de su vivienda, por el retraso en el pago de las cuotas del crédito hipotecario que suscribió con una entidad financiera [91] . En este punto, aclara que a su nombre tiene un casa, donde convive con sus hijos y su familia está compuesta por su hermano y su progenitora, quienes son “personas de muy poca capacidad económica y… lo que pueden ayudarme es muy poco” [92] .

Finalmente, asevera que en la actualidad, su estado de salud es bueno, y que el proceso de gestación culminó adecuadamente, pero su hija de dos meses de edad, ha presentado distintas complicaciones de salud, “hasta el punto que estuvo hospitalizada de urgencia en la ciudad de Armenia” [93] .

4.2. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional, en forma general, para todos los expedientes acumulados. 1. Mediante Auto 601 de 2017 , la Sala Plena vinculó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y lo ofició para que informara a la Corte Constitucional acerca de: (i) los requisitos y condiciones para acceder al subsidio alimentario previsto en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993; (ii) las prestaciones y beneficios a los cuales tienen derecho los destinatarios del subsidio; (iii) el número de beneficiarios que han recibido la subvención en el último año; y (iv) el tiempo estimado de atención desde el momento en que una mujer gestante o en período de lactancia solicita el referido subsidio hasta su entrega efectiva. Igualmente, se solicitó a la entidad que informara acerca de los medios de difusión que ha utilizado para que los potenciales beneficiarios del subsidio puedan acceder al mismo.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar A través de oficio S-2017-630962-0101 del 17 de noviembre de 2017, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respondió a la solicitud probatoria de la Corte.

La entidad precisó que, dentro de los programas del ICBF dirigidos a la primera infancia están los Hogares Comunitarios de Bienestar los cuales, en su modalidad familiar, promueven el desarrollo integral de los niños y niñas “desde su concepción hasta los (2) dos años” [94] a través de procesos pedagógicos, de acompañamiento y de articulación con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia “De cero a siempre” . Añadió que, en el marco de esta modalidad, se implementan acciones para promover “el acceso y consumo diario de alimentos en cantidad, calidad e inocuidad por parte de las niñas, niños y mujeres gestantes” [95] .

Así mismo, puntualizó que la modalidad familiar contempla dos servicios de atención a las mujeres gestantes, lactantes y niños menores de dos años, los cuales corresponden a: (i) Desarrollo Infantil en Medio Familiar (DIMF) y (ii) Hogar Comunitario de Bienestar Familia, Mujer e Infancia (HCB-FAMI).

Igualmente, el ICBF destacó que, a través de la Dirección de Primera Infancia, implementa acciones que promueven el acceso y consumo diario de alimentos en cantidades adecuadas para las niñas, los niños y las mujeres gestantes.

Informó que estos servicios contemplan la entrega de un paquete alimentario mensual para su preparación y consumo en casa y de refrigerios semanales cuyo contenido se fundamenta en las orientaciones técnicas de la Dirección de Nutrición del ICBF.

En relación con los requisitos y condiciones para acceder al subsidio alimentario previsto en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993, el ICBF indicó que el mecanismo que utiliza la entidad para garantizar que el gasto social se asigne a la población más pobre y vulnerable son los criterios de focalización. En este sentido, la entidad aseveró que existe una priorización respecto de la población que cumple con algunos criterios de vulnerabilidad determinados por la entidad [96] .

Además, en caso de que haya una mayor demanda, se establecen como criterios prevalentes: (i) la condición de víctima del conflicto armado interno; (ii) la calidad de niña o niño remitido por el Centro de Recuperación Nutricional o que egresa del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD); (iii) la condición de discapacidad de los niños, niñas, madres, padres o cuidadores;

y (iv) los niños cuyos padres se encuentren en centros de reclusión y mujeres gestantes y madres lactantes privadas de la libertad. En cuanto a las prestaciones y beneficios a los cuales tienen derecho los destinatarios del subsidio, el ICBF explicó que los beneficiarios de la modalidad familiar cuentan con un servicio de educación inicial no convencional en el cual se propende por fortalecer los vínculos afectivos de los menores de edad con sus familias y cuidadores. Esta

actividad se desarrolla a través de Encuentros Educativos Grupales (que se llevan a cabo semanalmente) y Encuentros Educativos del Hogar (que tienen lugar mensualmente).

Así, la modalidad familiar del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar tiene los siguientes componentes de atención: (i) salud y nutrición; (ii) familia, comunidad y redes; (iii) proceso pedagógico y educativo; (iv) talento humano;

(v) ambientes educativos y protectores; y (vi) administrativo y de gestión. Particularmente, en relación con el componente nutricional, el ICBF manifestó que este contempla el suministro de un paquete alimentario mensual y un refrigerio mensual, que tiene en cuenta la recomendación diaria de calorías y nutrientes de la población colombiana. De igual modo, expresó que este aspecto del programa incluye "la entrega de Bienestarina más y el alimento para la mujer gestante y lactante, complementos de Alto Valor Nutricional producidos por el ICBF" [97] .

En lo atinente al número de beneficiarios que han recibido la subvención en el último año, el ICBF sostuvo que en 2016 se atendieron 777.612 usuarios y que hasta el 31 de octubre de 2017 se habían atendido 646.512 personas en la modalidad familiar.

Adicionalmente, acerca del tiempo de respuesta de la institución, el ICBF resaltó que, una vez verificado el cumplimiento de los criterios de focalización, se ubica inmediatamente al beneficiario en la oferta programática de la entidad. Agregó que, a partir de la vinculación, los niños, niñas, mujeres gestantes y lactantes reciben atención directa durante 11 meses al año.

Respecto de la difusión que ha realizado la institución de este tipo de programas, indicó que esta se realiza a través de la página web de la entidad. Con todo, precisó que a través de los medios de comunicación se "ha divulgado la estrategia, ahora Ley de "Cero a Siempre" de la cual hacen parte los servicios de la Modalidad Familiar" [98] .

Finalmente, destacó que existen estrategias de inscripción y vinculación de la población a los servicios a través de la búsqueda activa de beneficiarios, que se realiza a través de las Entidades Administradoras del Servicio mediante las bases de focalización remitidas por el nivel nacional del ICBF a las regionales y centros zonales.

2. A través de auto del 1º de marzo de 2018 , la Magistrada Sustanciadora decretó pruebas adicionales. En tal sentido, ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que informara a la Corte Constitucional acerca de:

(i) las fuentes de las que proviene la financiación de los servicios de la Modalidad Familiar del ICBF; (ii) el monto de los recursos destinados a la atención de mujeres gestantes, lactantes y de niños menores de dos años en el marco del subsidio alimentario previsto en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993; y (iii) el alcance de este subsidio, según los departamentos y regiones del país, así como la cobertura del subsidio en términos del porcentaje de población beneficiada sobre el total nacional.

En esta misma providencia se vinculó al proceso al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), dado que dicha institución encabeza el Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación y es la entidad a la cual se encuentra adscrito el ICBF. Igualmente, se ofició a la entidad vinculada para que informara cuáles entidades, además del ICBF, tienen a su cargo el cumplimiento de las funciones previstas para el Estado en cumplimiento del artículo 43 de la Constitución y explicara detalladamente en qué consisten tales competencias.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar La entidad manifestó que los recursos que son utilizados para financiar las diferentes modalidades de atención a la primera infancia, incluida la Modalidad Familiar, "provienen del impuesto CREE (administrado por el Ministerio de Hacienda), los cuales se denominan "Recursos Nación" y de los recursos provenientes del pago de parafiscales, administrados directamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los cuales son denominados "Recursos Propios" [99] .

Igualmente, en relación con el monto de los recursos destinados a la atención de mujeres gestantes, lactantes y niños menores de dos años, así como en cuanto al alcance regional de dicho subsidio en términos del porcentaje de la población beneficiada, la entidad remitió a la Corte Constitucional en una tabla. A partir de los datos allí consignados, se presentan los siguientes cuadros:

Cuadro No. 1 Total de Inversión en la Modalidad Familiar (año 2016) Departamento Usuarios Inversión total Amazonas 3.168 $ 5.707.534.133 Antioquia 21.586 $ 16.456.072.432 Arauca 8.601 $ 17.196.312.531 Atlántico 36.808 $ 33.977.196.259 Bogotá D.C.

28.479 $ 59.764.502.064 Bolívar 46.041 $ 72.243.138.171 Boyacá 19.236 $ 24.312.853.481 Caldas 18.591 $ 36.942.744.719 Caquetá 8.295 $ 17.755.829.421 Casanare 5.889 $ 12.714.920.729 Cauca 46.536 $ 76.509.576.937 Cesar 34.269 $ 54.939.912.974 Chocó 30.568 $ 56.281.323.834 Córdoba 57.788 $ 73.231.245.623 Cundinamarca 25.620 $ 44.727.132.139 Guainía 455 $ 919.415.673 Guaviare 3.200 $ 6.472.544.359 Huila 22.611 $ 38.302.727.848 La Guajira 59.134 $ 94.422.404.975 Magdalena 48.912 $ 74.742.478.794 Meta 17.132 $ 27.451.193.169 Nariño 49.323 $ 60.739.922.086 Norte De Santander 32.636 $ 40.771.060.856 Putumayo 9.783 $ 19.952.827.677 Quindío 7.335 $ 7.783.239.215 Risaralda 11.820 $ 24.442.578.660 San Andrés 650 $ 1.190.774.767 Santander 33.267 $ 51.425.273.439 Sucre 25.163 $ 32.787.543.173 Tolima 24.995 $ 49.438.662.329 Valle Del Cauca 37.414 $ 51.063.787.022 Vaupés 942 $ 1.683.687.311 Vichada 1.365 $ 2.178.384.747 TOTAL GENERAL 777.612 $ 1.188.528.801.547 Cuadro No. 2 Porcentaje de inversión destinado a mujeres gestantes y lactantes en la Modalidad Familiar (año 2016) Departamento Usuarios Inversión en pesos % de total región % de total nacional Amazonas 235 $ 423.380.846 7,42% 0,34% Antioquia 1.706 $ 3.073.564.782 18,68% 2,44% Arauca 562 $ 1.012.510.790 5,89% 0,80% Atlántico 3.746 $ 6.748.870.853 19,86% 5,36% Bogotá D.C.

2.991 $ 5.388.647.283 9,02% 4,28% Bolívar 4.220 $ 7.602.839.028 10,52% 6,03% Boyacá 1.250 $ 2.252.025.778 9,26% 1,79% Caldas 2.442 $ 4.399.557.561 11,91% 3,49% Caquetá 722 $ 1.300.770.090 7,33% 1,03% Casanare 345 $ 621.559.115 4,89% 0,49% Cauca 3.691 $ 6.649.781.719 8,69% 5,28% Cesar 3.604 $ 6.493.040.725 11,82% 5,15% Chocó 3.854 $ 6.943.445.880 12,34% 5,51% Córdoba 4.537 $ 8.173.952.766 11,16% 6,49% Cundinamarca 1.636 $ 2.947.451.339 6,59% 2,34% Guainía 9 $ 16.214.586 1,76% 0,01% Guaviare 306 $ 551.295.911 8,52% 0,44% Huila 2.040 $ 3.675.306.070 9,60% 2,92% La Guajira 4.984 $ 8.979.277.184 9,51% 7,13% Magdalena 4.656 $ 8.388.345.620 11,22% 6,66% Meta 1.172 $ 2.111.499.370 7,69% 1,68% Nariño 5.780 $ 10.413.367.200 17,14% 8,27% Norte de Santander 2.391 $ 4.307.674.909 10,57% 3,42% Putumayo 833 $ 1.500.749.979 7,52% 1,19% Quindío 669 $ 1.205.284.197 15,49% 0,96% Risaralda 1.286 $ 2.316.884.121 9,48% 1,84% San Andrés 64 $ 115.303.720 9,68% 0,09% Santander 2.304 $ 4.150.933.915 8,07% 3,29% Sucre 2.356 $ 4.244.618.187 12,95% 3,37% Tolima 1.838 $ 3.311.378.705 6,70% 2,63% Valle Del Cauca 3.509 $ 6.321.886.765 12,38% 5,02% Vaupés 114 $ 205.384.751 12,20% 0,16% Vichada 75 $ 135.121.547 6,20% 0,11% TOTAL GENERAL 69.927 $ 125.981.925.290 10,60% 100,00% Cuadro No. 3 Porcentaje de inversión destinado a menores de dos años en la Modalidad Familiar (año 2016) Departamento Usuarios Inversión en pesos % de total región % de total nacional Amazonas 300 $ 540.486.187 9,47% 0,51% Antioquia 1.349 $ 2.430.386.220 14,77% 2,31% Arauca 911 $ 1.641.276.387 9,54% 1,56% Atlántico 1.460 $ 2.630.366.109 7,74% 2,50% Bogotá D.C.

3.523 $ 6.347.109.454 10,62% 6,03% Bolívar 2.523 $ 4.545.488.831 6,29% 4,32% Boyacá 1.401 $ 2.524.070.493 10,38% 2,40% Caldas 2.280 $ 4.107.695.020 11,12% 3,90% Caquetá 1.022 $ 1.841.256.276 10,37% 1,75% Casanare 599 $ 1.079.170.753 8,49% 1,03% Cauca 3.551 $ 6.397.554.832 8,36% 6,08% Cesar 3.077 $ 5.543.586.656 10,09% 5,27% Chocó 3.041 $ 5.478.728.314 9,73% 5,21% Córdoba 1.903 $ 3.428.484.045 4,68% 3,26% Cundinamarca 2.037 $ 3.669.901.209 8,21% 3,49% Guainía 42 $ 75.668.066 8,23% 0,07% Guaviare 233 $ 419.777.605 6,49% 0,40% Huila 2.357 $ 4.246.419.808 11,09% 4,04% La Guajira 2.694 $ 4.853.565.958 5,14% 4,61% Magdalena 2.905 $ 5.233.707.909

7,00% 4,97% Meta 1.393 $ 2.509.657.528 9,14% 2,38% Nariño 2.860 $ 5.152.634.981 8,48% 4,90% Norte de Santander 4.162 $ 7.498.345.032 18,39% 7,13% Putumayo 741 $ 1.335.000.881 6,69% 1,27% Quindío 715 $ 1.288.158.745 16,55% 1,22% Risaralda 1.250 $ 2.252.025.778 9,21% 2,14% San Andrés 48 $ 86.477.790 7,26% 0,08% Santander 2.519 $ 4.538.282.349 8,83% 4,31% Sucre 1.724 $ 3.105.993.954 9,47% 2,95% Tolima 2.481 $ 4.469.820.765 9,04% 4,25% Valle Del Cauca 3.148 $ 5.671.501.721 11,11% 5,39% Vaupés 39 $ 70.263.204 4,17% 0,07% Vichada 124 $ 223.400.957 10,26% 0,21% TOTAL GENERAL 58.412 $ 105.236.263.818 8,85% 100,00% Respuesta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) solicitó su desvinculación de la acción de tutela de la referencia. Sobre el particular, dicha entidad indicó que no es superior jerárquico del ICBF sino que ejerce sobre la referida institución un control de tutela. Además, resaltó que el ICBF es una entidad descentralizada, con autonomía administrativa y patrimonio propio [100] .

3. A través de auto de 12 de abril de 2018 , la Magistrada Sustanciadora consideró que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) tiene competencia para absolver las preguntas formuladas por la Magistrada Sustanciadora en el auto del 1° de marzo de 2018, pues se estaba consultando en condición de experto, en lugar de vinculado y/o demandado en las tutelas de la referencia. Por tanto, requirió a dicha entidad para que, en el término perentorio de dos días hábiles, cumpliera con la orden dada en la providencia previamente referida.

Solicitud de prórroga del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) El 20 de abril de 2018, la Secretaría General de la Corte Constitucional recibió un oficio remitido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS). En dicho documento, la institución manifestó que “como quiera que no ha sido posible dentro del término otorgado reunir todos los elementos normativos que nos permitan elaborar el informe requerido, se solicita que el Despacho conceda un término adicional para llevar a cabo la tarea encomendada” [101] .

4. Mediante auto de 24 de abril de 2018 se concedió la prórroga solicitada por el DPS, dado que la información requerida reviste de gran importancia para el asunto de la referencia y la misma exige cierta complejidad en su consolidación. Por consiguiente, se otorgó un plazo adicional de cinco días a la entidad oficiada.

Respuesta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) La institución informó que las entidades del Sector de la Inclusión Social y la Reconciliación que tienen a su cargo el cumplimiento de funciones relacionadas “con la protección de los derechos de la mujer” [102] son: (i) el Ministerio de Educación Nacional [103] ;

(ii) el Ministerio de Vivienda [104] ; (iii) la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer [105] ; (iv) la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (UARIV) [106] ;

(v) el Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos [107] ; y (vi) el Ministerio de Defensa Nacional.

II. CONSIDERACIONES Competencia 1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de esta Corporación).

Asunto objeto de revisión y problema jurídico 2. Sandra Milena Rojas Gutiérrez, Sandra Liliana Tinoco Ramos y Ángela Sorany Salazar Urrea solicitan que se garanticen, entre otros, sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y no discriminación, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, en la medida en que, según afirman, fueron desvinculadas en estado de gravidez. Por su parte, los respectivos empleadores, quienes en todos los casos son empresas privadas, adujeron en el trámite del amparo constitucional que no tenían conocimiento de que sus trabajadoras tenían la condición de gestantes al momento del despido.

3. De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala Plena determinar si: ¿Las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes al terminar unilateralmente sus contratos de trabajo, aun cuando los empleadores afirman no haber conocido el estado de embarazo de las trabajadoras? Para resolver el problema jurídico enunciado, la Corte establecerá la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección del fuero de maternidad en los casos analizados. Así, de superarse (i) el análisis de procedibilidad del amparo, se abordarán los siguientes asuntos: (ii) el precedente judicial vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas; (iii) la naturaleza y finalidades de la licencia de maternidad como prestación económica; (iv) las reglas establecidas para el cambio de jurisprudencia de la Corte Constitucional; (v) las medidas legales y de política pública que desarrollan el subsidio alimentario previsto en el artículo 43 de la Constitución para las mujeres gestantes y lactantes; (vi) la protección prevalente y continua en salud a la mujer durante el embarazo y el periodo de lactancia y a sus hijos menores de edad; y (vii) el sentido y alcance de la modificación jurisprudencial adoptada en la presente decisión: el empleador no debe sufragar las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando desvincula a una trabajadora embarazada sin conocer de su estado de gestación . Finalmente, con fundamento en lo anterior se pasará a (viii) la solución de los casos concretos.

1. P rocedencia de la acción de tutela [108] . Legitimación en la causa por activa y por pasiva. 1. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que las accionantes Sandra Milena Rojas Gutiérrez, Sandra Liliana Tinoco Ramos y Ángela Sorany Salazar Urrea tienen legitimación por activa para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que son personas naturales que reclaman la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por los particulares accionados [109] .

2. Por su parte, l a legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso [110] .

Esta Corporación ha considerado que el amparo constitucional puede formularse de manera excepcional contra un particular, debido a que en sus relaciones jurídicas y sociales pueden presentarse asimetrías que generan el ejercicio de poder de unas personas sobre otras [111] .

De esta manera, la Corte ha interpretado los artículos 86 Superior y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y ha precisado las siguientes subreglas jurisprudenciales, según las cuales la acción de tutela procede excepcionalmente contra particulares cuando: (i) están encargados de la prestación de un servicio público [112] ;

(ii) su actuación afecta gravemente el interés colectivo [113] ; o (iii) la persona que solicita el amparo constitucional se encuentra en un estado de subordinación o (iv) de indefensión frente a aquellos [114] .

3. Al respecto, este Tribunal ha expresado que los conceptos de subordinación y de indefensión son relacionales [115] y constituyen la fuente de la responsabilidad del particular contra quien se dirige la acción de tutela [116] . Por ende, en cada caso concreto es necesario verificar “ si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación)” [117] , o si por el contrario, ésta es consecuencia de una situación fáctica en la que determinada persona se encuentra en ausencia total o insuficiencia de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión) [118] .

4. En cada uno de los asuntos objeto de revisión, se advierte que las empresas privadas accionadas fungieron como empleadores de las tutelantes. En efecto, a partir de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados a cada uno de los expedientes, no cabe duda de la existencia de un contrato de trabajo entre quienes fungen como accionantes y accionados en todos los procesos acumulados, de ahí que se encuentre acreditada la relación de subordinación que originó el debate constitucional objeto de estudio y, en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991, procede la acción de tutela contra las empresas privadas demandadas en el presente caso.

Por consiguiente , se encuentra demostrada la legitimación por pasiva de los particulares demandados. Inmediatez 5. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo [119] , toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales [120] .

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para verificar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo trascurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable [121] .

Particularmente, en las acciones de tutela encaminadas a obtener la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de gestación, la jurisprudencia ha valorado, alternativamente, dos aspectos para establecer el cumplimiento de la exigencia de inmediatez: (i) el lapso entre el despido y la interposición de la acción de tutela debe ser razonable y (ii) el momento en que se presenta el amparo debe ser oportuno en relación con el embarazo y los meses posteriores al parto.

6. Así las cosas, corresponde verificar si cada una de las acciones de tutela objeto de revisión en la presente oportunidad cumplió con el requisito de inmediatez.

· En el expediente T-6.240.380 , la accionante Sandra Milena Rojas Gutiérrez fue desvinculada de su empleo el 18 de enero de 2017 y presentó la solicitud de amparo el 17 de febrero siguiente. En tal sentido, transcurrió aproximadamente un mes entre ambos acontecimientos, por lo cual existió un plazo razonable entre ambos acontecimientos. Además, la tutelante se encontraba en estado de gestación cuando promovió la acción de tutela. Por lo anterior, se estima que la acción de tutela satisface la exigencia de inmediatez en el presente asunto.

· En el expediente T-6.318.375 ¸ la accionante Sandra Liliana Tinoco Ramos fue despedida el 15 de marzo de 2017 e interpuso la solicitud de amparo el 24 de abril siguiente, de modo que transcurrió aproximadamente un mes entre ambos hechos. Así mismo, la actora se encontraba en estado de embarazo al momento de presentar la acción de tutela. Por consiguiente, en el asunto de la referencia se cumplió con el requisito de inmediatez.

· En el expediente T-6.645.503 , la demandante Ángela Sorany Salazar Urrea fue desvinculada laboralmente el 19 de julio de 2017 y presentó la acción de tutela el 22 de septiembre del mismo año. Por ende, existió un lapso de dos meses entre el despido y la interposición de la tutela. Adicionalmente, la actora estaba embarazada al momento de promover el proceso de tutela. En consecuencia, en el caso de la actora también se satisfizo el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad 7. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad [122] :

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo;

y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable , caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio .

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos [123] .

8. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para resolver controversias que surjan de la relación trabajador-empleador, como en el caso del reintegro laboral y/o el pago de prestaciones económicas [124] .

Sin embargo, de manera excepcional, este Tribunal ha entendido que este mecanismo constitucional es procedente cuando se trata de personas que se encuentran en “circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición económica, física o mental y que formulan pretensiones dirigidas a lograr la tutela del derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada” [125] .

9. Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aunque en principio la acción de tutela (dada su naturaleza subsidiaria), no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro laboral y el pago de las acreencias derivadas de un contrato de trabajo, en los casos en que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección preferente [126] .

En este orden de ideas, la procedencia del amparo constitucional se justifica en la necesidad de un mecanismo célere y expedito que permita dirimir esta clase de conflictos, en los cuales se vea inmerso un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de la madre gestante [127] .

La procedencia de la tutela en estos asuntos como mecanismo preferente, se ha justificado dado que, si bien en la jurisdicción ordinaria existe un mecanismo para resolver las pretensiones de reintegro, este no tiene un carácter sumario para restablecer los derechos de sujetos de especial protección constitucional que, amparados por la estabilidad laboral reforzada, requieren una medida urgente de protección y un remedio integral [128] .

10. En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y el carácter legal de las relaciones laborales implican, en principio, la improcedencia del amparo, pues los trabajadores tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos cuando consideran que han sido despedidos. No obstante, la Corte

Constitucional ha reconocido que en circunstancias especiales, como las que concurren en el caso del fuero de maternidad, las acciones ordinarias pueden resultar inidóneas e ineficaces para brindar un remedio integral, motivo por el cual la protección constitucional procede de manera definitiva [129] .

A continuación, la Sala analizará el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en cada uno de los expedientes acumulados: · En el caso de la accionante Sandra Milena Rojas Gutiérrez (Expediente T-6.240.380), la Sala encuentra que debido a la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra la actora, la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, pues exigirle que inicie un proceso ordinario laboral para obtener el reintegro laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su despido y durante el período que ampara a la mujer embarazada y lactante resulta una carga desproporcionada, con la cual se desconocería su condición de sujeto de especial protección constitucional.

En efecto, a partir del material probatorio recaudado en el proceso, se puede evidenciar que el despido de la actora: (i) puso en situación de amenaza el mínimo vital de la actora y de sus hijos, pues tal y como lo manifestó la accionante, en su respuesta al requerimiento probatorio efectuado por esta Corporación, los medios de subsistencia con los cuales ha contado desde el momento de su desvinculación laboral ha sido el apoyo financiero dado por sus padres y las cuotas alimentarias de $200.000 que cada uno de los padres de sus hijos menores de edad aportan mensualmente; y (ii) actualmente se encuentra desempleada y en mora en el pago de varias obligaciones.

De esta forma, en razón de las circunstancias de la actora y su condición de gestante al momento de interposición del amparo, los mecanismos ordinarios carecen de la idoneidad necesaria para la defensa integral e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, por lo que procede la acción de tutela.

· En el caso de la accionante Sandra Liliana Tinoco Ramos (Expediente T-6.318.375), la Sala encuentra que la acción de tutela es procedente en el presente caso, toda vez que, la accionante afirmó en escrito radicado el pasado 24 de octubre de 2017 que actualmente no tiene trabajo, según indica debido a su estado de gravidez, ni percibe ingresos de ningún tipo, por lo que depende económicamente de su progenitora, quien le brinda lo necesario para su subsistencia, y en general, para sufragar sus gastos de alimentación, transporte y demás necesidades básicas. En cuanto al padre de su futuro hijo, explicó que no vive con él, ni ha recibido ayuda económica alguna. Añadió que vive en la casa de su abuela junto con su madre, sus tíos y varios sobrinos.

De este modo, la acción de tutela procede debido a la condición de debilidad manifiesta de la actora, la cual se evidencia en su situación económica y en su estado de gestación al momento de interponer el amparo.

· En el caso de la accionante Ángela Sorany Salazar Urrea (Expediente T-6.645.503), el amparo solicitado cumple con el requisito de subsidiariedad, por cuanto: (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional a partir de su calidad de madre gestante al momento de presentar la tutela, y que concurre además la protección requerida para su hijo recién nacido; (ii) la accionante afirmó ante esta Corporación que no tiene trabajo, que es madre cabeza de hogar y que su situación económica actual es difícil, por lo que se encuentra atrasada en los pagos de su crédito hipotecario de vivienda y no cuenta con atención médica, siendo su única fuente de ingresos las ayudas económicas que su familia y amigos le han brindado; (iii) la actora manifestó que no ha podido pagar oportunamente los distintos servicios públicos domiciliarios; (iv) la tutelante convive de forma ocasional con el padre de su última hija, quien trabaja informalmente y colabora con la manutención de la menor de edad; y (vi) su hija de dos meses de edad, ha tenido diversas complicaciones de salud que la han llevado a ser hospitalizada.

Es así como, la Sala concluye que la acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo en este caso, por las circunstancias fácticas descritas, toda vez que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos ni eficaces para la protección de los derechos de la accionante.

2. El precedente judicial vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas [130] . 2.1. Fundamento constitucional de la protección de las mujeres embarazadas 11. Desde sus primeros años, la Corte Constitucional ha reconocido que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales [131] :

(i) El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad [132] , el cual se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo [133] .

Así, la jurisprudencia constitucional ha destacado que este enunciado implica a su vez dos obligaciones a cargo del Estado: la especial protección de la mujer embarazada y lactante −sin distinción−, y un deber prestacional que consiste en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada . En este sentido, se trata de una protección general para todas las mujeres gestantes [134] .

(ii) La protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral , la cual ha sido destacada por esta Corporación en reiteradas oportunidades [135] .

El fin de la salvaguarda en este caso es impedir la discriminación que, a raíz del embarazo, pueda sufrir la mujer, específicamente la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia [136] .

De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución [137] que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo [138] .

(iii) La protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida se erige también en un sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, como lo ha reiterado este Tribunal [139] .

Este derecho, como bien jurídico de máxima relevancia constitucional, implica no solo la protección de la mujer durante la etapa gestacional, sino también se extiende a la protección al ejercicio pleno de la maternidad.

De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida [140] .

Con todo, no puede perderse de vista que, como fue establecido en la Sentencia C-355 de 2006 , “a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales ” [141] .

Así mismo, la Sentencia SU-070 de 2013 señaló que “ la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es ” [142] .

Además, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente [143] .

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad , es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia [144] .

(iv) Por último, la relevancia de la familia en el orden constitucional es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante [145] .

12. En consecuencia, los fundamentos constitucionales a los cuales se ha aludido cimientan la especial protección que deben recibir las mujeres durante la gestación y la lactancia la cual, en el ámbito laboral, se materializa en el fuero de maternidad, entre otras garantías. No obstante, es preciso resaltar que los cuatro principios que sustentan la garantía del fuero de maternidad se encuentran relacionados de forma inescindible y se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo [146] .

En efecto, la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres en estado de embarazo o en el periodo de lactancia constituye una acción afirmativa en favor de aquellas que responde a la desventaja que afrontan, pues deben soportar los mayores costos de la reproducción y de la maternidad, los cuales tradicionalmente son asumidos únicamente por las mujeres.

Además, estas deben ausentarse temporalmente de su cargo para ejercer la maternidad, especialmente las primeras labores de cuidado de los niños recién nacidos.

Ello, a su turno, representa un desincentivo para el empleador, pues la contratación de mujeres que ejerzan ambos roles simultáneamente (el de trabajadora y el reproductivo) se ha percibido por algunos como un detrimento del objetivo productivo y eficiente de una empresa. Por tanto, el ejercicio del rol reproductivo implica una desventaja para las mujeres en el mercado laboral.

13. Así, con el propósito de equilibrar las condiciones laborales entre hombres y mujeres y evitar la discriminación de aquellas, se profirió la Ley 53 de 1938 [147] , que fue la primera norma en Colombia en establecer la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido por dicho motivo [148] .

Su objetivo era contrarrestar la desventaja en la que se encontraban las mujeres que eran despedidas por su estado de gravidez, el cual era visto en ese entonces como una incapacidad para llevar a cabo sus labores y como un costo para los empleadores, ya que las trabajadoras debían ausentarse del empleo para atender el parto. Lo anterior, generaba una inestabilidad laboral que ponía a la mujer en situación de indefensión en razón de los costos de la reproducción [149] .

Posteriormente, los Decretos 1632 de 1938 y 2350 de 1938 establecieron, respectivamente: (i) la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada; y, (ii) en caso de no obtener dicha autorización, la presunción de que el despido se había dado por causa del embarazo. Consecutivamente, el Decreto 2663

de 1950 codificó estas disposiciones en un solo cuerpo normativo y esencialmente fueron reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo (en adelante, CST) [150] .

14. A continuación, el artículo 8° de la Ley 73 de 1966 determinó la nulidad del despido que el empleador efectúe durante la licencia de maternidad sin el cumplimiento de los requisitos legales. Por su parte, la Ley 50 de 1990, que también modificó el artículo 239 del CST, aumentó el periodo de licencia de maternidad a 12 semanas, extendió las protecciones para la madre y el padre adoptantes que no tuvieran esposa o compañera permanente y amplió el número de semanas de indemnización de despido por embarazo [151] .

Luego, la Ley 1468 de 2011 reformó las normas del CST en relación con el despido de la mujer embarazada, al añadir el derecho a disfrutar del pago de las 14 semanas de descanso remunerado si la mujer no ha disfrutado su licencia de maternidad, con ciertas extensiones en casos de hijos prematuros o partos múltiples [152] y, además, se introdujeron modificaciones en la sanción, de acuerdo con el tipo de contrato.

Recientemente, la Ley 1822 de 2017 extendió la licencia de maternidad a 18 semanas y puntualizó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente, precisó algunas nociones en relación con el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad, pero mantuvo en esencia la regulación prevista anteriormente [153] .

15. Por último, es pertinente resaltar que esta Corporación, en sede de control abstracto de constitucionalidad, ha proferido dos decisiones particularmente relevantes sobre esta materia.

Por una parte, mediante la Sentencia C-470 de 1997 [154] , la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 239 del CST en el entendido de que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe justa causa probada para el despido [155] . Por otra, a través de la Sentencia C-005 de 2017 [156] se condicionó la constitucionalidad de los numerales 1º del artículo 239 y 1º del artículo 240 del CST. En este caso, se extendió la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo al trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel [157] .

16. Como se evidencia a partir del anterior recuento normativo, la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de gestación es una respuesta a la discriminación histórica que han afrontado las mujeres en el ámbito laboral, quienes fueron y aún son despedidas por causa del embarazo. Así, en razón de la situación de desventaja histórica a la que ha sido sometida la mujer trabajadora − el despido en razón del embarazo − [158] , el fuero de maternidad se encamina a potenciar su estabilidad en el trabajo y su posibilidad de permanecer en la fuerza laboral cuando ejerce su rol reproductivo.

2.2. El contenido de la protección del fuero de maternidad y las reglas generales aplicables a dicha garantía. 17. De conformidad con lo expuesto en el acápite precedente, desde 1938 se han previsto medidas encaminadas a la promoción de la igualdad de las mujeres trabajadoras, las cuales han derivado en un fuero de maternidad (concepto que, por supuesto, incluye al fuero de lactancia) cuyo grado de protección se ha incrementado progresivamente, en cumplimiento de los mandatos de la Constitución Política. Así, el fuero de maternidad es una regulación legal que materializa el mandato de igualdad y la especial protección a la mujer embarazada de los cuales se deriva el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

En la actualidad, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección:

(i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con “la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”;

(ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de 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 en donde no existiere aquel funcionario. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST [159] .

(iii) El numeral 2° del artículo 239 del CST establece una presunción , de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia .

(iv) El numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo [160] .

(v) El numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, “tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia” . En otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional” exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad durante dicho término [161] .

(vi) Finalmente, el artículo 241 del CST impone la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, sanciona con la ineficacia “el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos” , es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados.

18. De este modo, la regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres. No obstante, la Sala estima necesario llevar a cabo dos precisiones sobre esta materia.

19. En primer lugar, que el fuero de maternidad no constituye una “patente de corso” para mantenerse en el empleo, en la medida en que, cuando exista una justa causa de terminación del contrato, la trabajadora puede ser desvinculada siempre y cuando medie autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal. Así las cosas, no se trata de una prohibición absoluta de terminación del contrato sino que, debido a las particulares condiciones de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.

20. En segundo lugar, es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el período de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1° del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST) [162] .

En tal sentido, la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los cuatro meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del quinto mes posterior al parto, cuando ha

culminado el término de su licencia de maternidad. Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo.

21. De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que “en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (…), hoy prevista por el artículo 167 del CGP” [163] . En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.

Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el cuarto mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene. Así, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST , pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.

22. En consecuencia, el fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación.

2.3. La Sentencia SU-070 de 2013. El precedente vinculante en materia de protección laboral reforzada a las mujeres embarazadas. 23. Debido a la existencia de una considerable dispersión de posturas jurisprudenciales en relación con el alcance de la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada , esta Corporación profirió la Sentencia SU-070 de 2013 [164] , a través de la cual unificó los criterios que sostuvieron las distintas Salas de Revisión de la Corte y sistematizó las pautas normativas aplicables al asunto. En este sentido, la Sala Plena estableció dos reglas principales en relación con esta materia:

(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre , sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente [165] :

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y (b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada [166] .

24. En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la vigencia del contrato laboral, pero el grado de protección judicial derivada del fuero de maternidad y lactancia dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada, pues se trata de proteger el derecho a la igualdad de la mujer gestante y garantizar la no discriminación por esa causa.

25. De este modo, pueden existir distintos tipos de medidas entre las cuales se encuentran: (i) el reintegro de la trabajadora; (ii) el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir;

(iii) las indemnizaciones previstas en el CST; (iv) la obligación de reconocer las cotizaciones durante el período de gestación y hasta que la empleada tenga derecho a la licencia de maternidad, entre otras.

26. Sobre el particular, cabe resaltar que la Corte Constitucional ha establecido que la protección a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres se concreta, en principio, mediante el reintegro o la renovación del contrato de trabajo (según el

caso). No obstante, también ha señalado que la salvaguarda de la alternativa laboral de las mujeres gestantes y lactantes también se protege “ desde la óptica de la garantía de los medios económicos necesarios para afrontar tanto el embarazo como la manutención del(a) recién nacido(a)” [167] .

Por consiguiente, “ cuando es improcedente el reintegro o la renovación, resulta viable la modalidad de protección consistente en reconocer las cotizaciones respectivas a seguridad social, después de la cesación de la relación laboral o el contrato y hasta el momento en que la mujer acceda a la prestación económica de la licencia de maternidad” [168] .

A continuación, la Sala abordará respectivamente cada uno de los aspectos que determinan el alcance de la protección a las mujeres en estado de gestación o de lactancia.

2.3.1. El conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador como componente para determinar el alcance de la protección laboral a la maternidad.

27. El precedente constitucional vigente indica que no es necesaria la comunicación escrita del embarazo al empleador para que la trabajadora tenga derecho a la protección constitucional derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón de la gestación .

Al respecto , lo primero que se debe precisar, es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador, no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, sino para determinar el grado de protección que debe brindarse [169] .

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que si el empleador tuvo noticia del embarazo con anterioridad a la desvinculación, ello origina una “ protección integral y completa , pues se asume que el despido se basó en el embarazo y, por ende, en un factor de discriminación en razón del sexo” [170] .

En contraste, la ausencia de conocimiento da lugar a una “ protección más débil , basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido” [171] .

28. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero [172] .

Así, este Tribunal ha determinado que existen circunstancias en las cuales se entiende que el empleador conocía del estado de gravidez de una trabajadora. Por ejemplo, ha estimado que el embarazo configura un hecho notorio cuando: (i) son evidentes los cambios físicos de la mujer que le permiten al empleador inferir su estado (a partir del quinto mes de gestación);

(ii) se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; (iii) el embarazo es de conocimiento público entre los compañeros de trabajo; entre otros [173] .

29. Igualmente, esta Corporación ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo “cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo” [174] .

Por tanto, no resulta necesaria la notificación escrita o expresa acerca de la condición de gestante de la trabajadora, sino que basta que el empleador conozca de dicho estado por cualquier medio [175] .

En tal sentido, ha planteado que las formas para inferir el conocimiento del estado de embarazo tienen carácter indicativo y no taxativo y que los jueces de tutela deben analizar las circunstancias propias de cada caso concreto para determinar si el empleador tuvo noticia de la condición de gestante de la trabajadora [176] .

La Sala Plena resalta que deben tenerse en cuenta las circunstancias propias del entorno laboral y la dificultad que implica para la mujer gestante la demostración del conocimiento del empleador. Por consiguiente, los jueces deben valorar las posibles evidencias de que el empleador tuvo noticia del estado de gravidez de la trabajadora en el marco del principio de libertad probatoria .

De este modo, es indispensable señalar que no existe una tarifa legal para demostrar que el empleador conocía del estado de embarazo de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros.

30. En conclusión , el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas no depende del momento en el cual el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez, pues el fuero de maternidad se desprende de la especial protección constitucional que recae sobre las trabajadoras. Sin embargo, dicha notificación es relevante para establecer el alcance de las medidas que los jueces constitucionales pueden otorgar en estos casos.

2.3.2. La alternativa laboral en la cual se desempeña la trabajadora como elemento para establecer el grado de protección laboral a la maternidad.

31. La jurisprudencia constitucional ha indicado que la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, aplica independientemente de la modalidad del vínculo laboral que exista entre las partes. Es decir, es irrelevante si se trata de un contrato de trabajo a término fijo, indefinido, por obra o labor determinada o a través de una cooperativa de trabajo asociado, pues el objetivo de la figura es proteger los derechos de la madre gestante, sin importar la alternativa laboral en la cual se desempeñe [177] .

De esta manera, la garantía del fuero de maternidad y lactancia cobija todas las modalidades y alternativas de trabajo dependiente, por cuanto el principio de estabilidad en el empleo se predica de todos los trabajadores, sin importar la naturaleza del vínculo contractual. En este sentido, “el fundamento que sostiene la posibilidad de adoptar medidas de protección en toda alternativa de trabajo de las mujeres embarazadas, es la asimilación de estas alternativas a una relación laboral sin condiciones específicas de terminación; categoría esta que se ha concretado en las normas legales como punto de partida para la aplicación de la protección contenida en el denominado fuero de maternidad” [178] .

32. Ahora bien, como se expuso anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la modalidad del contrato es uno de los factores que determina el alcance de la protección a la cual tienen derecho las trabajadoras que son desvinculadas en estado de embarazo. Por tanto, en el siguiente acápite la Sala procederá a presentar cada uno de los escenarios establecidos en la Sentencia SU-070 de 2013 [179] .

2.3.3. Reglas en función de la modalidad del vínculo laboral. 2.3.3.1. Contrato de trabajo a término indefinido. 33. De conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013 , pueden presentarse los siguientes supuestos:

(i) Cuando el empleador conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. (ii) Cuando el empleador no conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden presentarse dos escenarios:

a. Que el empleador haya aducido justa causa , caso en el cual sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. De conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013 , el fundamento de esta protección “es el principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas” [180] .

b. Que el empleador NO haya aducido justa causa , evento en el cual la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y el reintegro sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

En esta hipótesis, debe ordenarse el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.

2.3.3.2. Contrato de trabajo a término fijo 34. De acuerdo con la Sentencia SU-070 de 2013 , pueden configurarse los siguientes escenarios: (i) Si el empleador conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden tener lugar dos supuestos:

a. Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:

En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación ocurra una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:

En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral [181] .

(ii) Cuando el empleador no conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse tres escenarios:

a. Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato, sin que se alegue justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. La renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Adicionalmente, el juez de tutela puede disponer el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

b. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento del contrato pero que se alegue justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado : En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

c. Que la desvinculación se produzca una vez vencido el contrato y que dicha circunstancia se invoque como una justa causa : En este caso la protección consistiría, como mínimo, en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecieron, valoración que puede efectuarse en sede de tutela. Tampoco procede en este supuesto el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

2.3.3.3. Contrato de trabajo por obra o labor contratada. 35. Según lo establecido por la Sentencia SU-070 de 2013 , pueden presentarse las siguientes hipótesis:

(i) Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones:

a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo : En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero

de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir .

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada:

En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.

Si el empleador no acude ante el inspector del 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, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

Adicionalmente, para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.

(ii) Cuando el empleador no conoce, en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la empleada, pueden ocurrir tres situaciones:

a. Que la desvinculación se produzca antes de la culminación de la obra, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo procederá si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

b. Que la desvinculación ocurra antes de la culminación de la obra sin que el empleador alegue una justa causa distinta a la terminación de la obra:

En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

c. Que la desvinculación ocurra una vez culminada la obra y se alegue dicha circunstancia como una justa causa : En este caso la protección consistirá, como mínimo, en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato de obra no desaparecen, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

2.3.4. Casos previstos especialmente 2.3.4.1. Cooperativas de trabajo asociado. 36. En relación con estas organizaciones solidarias (las cuales agrupan varias personas para emprender una actividad sin ánimo de lucro a través del aporte de la capacidad laboral de sus integrantes) la Sentencia SU-070 de 2013 estableció que, cuando la trabajadora ha estado asociada a una cooperativa a través de la cual desempeñaba sus labores, el juez constitucional debe verificar si en su caso se configuran los supuestos de una verdadera relación laboral .

En tal sentido, se determinó que, en caso de comprobarse la existencia de un contrato realidad, se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada , de acuerdo con la naturaleza de la actividad realizada por la trabajadora y la modalidad de la relación laboral que se configure. De este modo, en los casos en que se utilice la cooperativa para disfrazar una relación laboral, tanto esta última como la empresa donde se encuentre realizando sus labores la mujer embarazada serán responsables solidariamente.

Así mismo, se entenderá que existió conocimiento del estado de embarazo cuando tenga noticia del mismo alguno de los siguientes sujetos: (i) la cooperativa de trabajo asociado; o (ii) el tercero contratista. En este orden de ideas, el reintegro podrá ordenarse, según el caso, ante cualquiera de ellos en el evento en que la cooperativa se encuentre imposibilitada para garantizarlo.

2.3.4.2. Empresas de servicios temporales. 37. Respecto de dichas entidades, resulta claro que existe una relación laboral entre la empresa de servicios temporales y sus trabajadores en misión. En tal sentido, la Sentencia SU-070 de 2013 afirma que deben aplicarse las reglas señaladas para los contratos a término fijo o por obra o labor determinada , en función de la modalidad contractual empleada por la empresa de servicios temporales.

Así mismo, es pertinente anotar que el conocimiento del estado de embarazo se configura cuando tiene noticia del mismo alguno de los siguientes sujetos: (i) la empresa de servicios temporales; o (ii) la empresa usuaria. De este modo, el reintegro puede ordenarse a cualquiera de ellos, en caso de que la empresa de servicios temporales se encuentre imposibilitada para garantizarlo.

2.3.4.3. Contrato de prestación de servicios que encubre una relación laboral (contrato realidad). 38. En relación con el contrato de prestación de servicios, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013 el juez debe analizar las circunstancias que rodean el caso para determinar si bajo dicha figura contractual se encubre la existencia de una auténtica relación laboral. Para tal efecto, el juez constitucional se encuentra facultado para verificar la estructuración material de los elementos fundamentales de la relación de trabajo .

Por consiguiente, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrar la existencia de un contrato realidad, se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo , toda vez que, “dentro las características del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido” [182] .

2.3.4.4. Vinculación en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. 39. Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013, se aplican las siguientes reglas:

(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada . Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó.

Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

(ii) Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad , se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

2.3.4.5. Cargos de libre nombramiento y remoción 40. En estos casos, la Sentencia SU-070 de 2013 presenta dos supuestos: (i) Si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

(ii) Si el empleador no tuvo conocimiento , se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

2.3.4.6. Cargos de carrera administrativa que son suprimidos debido a la liquidación de una entidad pública o por las necesidades del servicio 41. Cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por

cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, la Sentencia SU-070 de 2013 establece las siguientes hipótesis:

(i) En el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

(ii) Si no se crea una entidad con mismos fines o una planta de personal transitoria, o si el cargo se suprimió por necesidades del servicio, se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

2.3.5. Reglas de interpretación y alcance de la Sentencia SU-070 de 2013 42. Finalmente, la Sentencia SU-070 de 2013 estableció algunas pautas para precisar el alcance de la unificación normativa:

(i) En primer lugar, determinó que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral “son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia” [183] .

Añadió que el amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de la maternidad en sede de tutela.

(ii) En segundo lugar, manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Por tanto, estimó que debe darse un trato diferenciado “si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador” [184] .

(iii) En tercer lugar, indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto [185] .

(iv) Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva [186] .

2.4. Decisiones de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional que han aplicado la regla jurisprudencial prevista en la Sentencia SU-070 de 2013 para los casos en los cuales el empleador no conoce acerca del estado de embarazo de la trabajadora.

43. En varias oportunidades, las distintas Salas de Revisión de esta Corporación han acogido la regla jurisprudencial según la cual el empleador debe sufragar el pago de las cotizaciones a la seguridad social requeridas por la trabajadora desvinculada hasta que aquella obtenga el derecho a la licencia de maternidad.

44. En la Sentencia T-715 de 2013 [187] , la Sala Novena de Revisión estudió siete acciones de tutela, entre las cuales se encontraban dos casos de trabajadoras despedidas en estado de embarazo. Sus antiguos empleadores afirmaban no tener conocimiento del estado de gravidez de las tutelantes y adujeron que los despidos obedecieron a una justa causa legal en ambos casos pues el término de duración de los contratos había concluido y las actoras habían admitido que ellas mismas no tenían conocimiento de su condición de gestantes al momento del despido.

Por ende, la Corte Constitucional ordenó a los antiguos empleadores de las accionantes efectuar el pago de las cotizaciones correspondientes hasta el momento en que las actoras tuvieran derecho a acceder al pago de la licencia de maternidad establecida en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

45. En la Sentencia T-796 de 2013 [188] , la Sala Cuarta de Revisión se pronunció sobre dos acciones de tutela acumuladas, interpuestas por dos mujeres en estado de embarazo. En ambos casos, sus antiguos empleadores negaban que hubieran conocido del estado de gravidez de las accionantes y argumentaron que los despidos obedecieron a una justa causa legal, fundamentada, en uno de los procesos por el abandono del cargo por cuatro días consecutivos y en el otro, por irregularidades en los inventarios por valor de $2.000.000.

En tal sentido, la Corte amparó los derechos fundamentales de las accionantes y ordenó a los empleadores desembolsar el pago de la licencia de maternidad establecida en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo como medida sustitutiva a la ausencia de pago de las cotizaciones requeridas para alcanzar el derecho a la licencia de maternidad, toda vez que ya había culminado el periodo gestacional.

46. Posteriormente, la Sala Segunda de Revisión en la Sentencia T-148 de 2014 [189] revisó seis acciones de tutela presentadas por mujeres embarazadas por el presunto desconocimiento de su derecho a la estabilidad laboral reforzada. No obstante, en tres de los casos estudiados, esta Corporación consideró que no estaba plenamente demostrado que los empleadores tuvieran conocimiento de del estado de embarazo de las trabajadoras desvinculadas. Sin embargo, ordenó el pago de las cotizaciones en salud hasta que las demandantes adquirieran el derecho a la prestación económica de licencia de maternidad y, en uno de los casos, ordenó su reintegro.

47. Así mismo, en la Sentencia T-312 de 2014 [190] , la Sala Sexta de Revisión de esta Corporación, consideró que fue válida la terminación unilateral del contrato de trabajo de la actora. No obstante, argumentó que la tutelante tenía derecho a la protección especial constitucional consistente en el cubrimiento de la licencia de maternidad, con todo lo que le es inherente.

48. Finalmente, en la Sentencia T-092 de 2016 [191] , la Sala Tercera de Revisión estudió tres casos de mujeres embarazadas que reclamaban su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, en uno de los casos se evidenció que la propia actora había afirmado que ella misma no conocía de su condición de gestante al momento del despido, por lo cual se concluyó que la empresa accionada tampoco conocía de su estado de gravidez. Por consiguiente, la Sala ordenó al empleador sufragar la licencia de maternidad como medida sustitutiva al pago de las cotizaciones dejadas de realizar.

2.5. Conclusiones 49. La protección especial de las mujeres gestantes y lactantes en materia laboral se fundamenta en los siguientes mandatos constitucionales: (i) el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad; (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo; (iii) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida; y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional.

No obstante, es indispensable resaltar que dicha salvaguarda se ha estructurado históricamente a partir de la protección del derecho a la igualdad de las mujeres en el ámbito del trabajo . Por tal motivo, el fuero de maternidad se erige en una medida destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el ámbito laboral con fundamento en su rol reproductivo.

Luego, es claro que el sustento principal de esta protección se relaciona con estos dos aspectos, a saber: la condición de mujer y su acceso y permanencia en el trabajo, más allá de la protección a la vida y la relevancia de la familia en el orden constitucional.

50. En razón de lo anterior, el Legislador ha previsto varios mecanismos de protección de la mujer embarazada y promoción de la igualdad de las trabajadoras. De este modo, los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo —en conjunto con las decisiones de constitucionalidad que los han interpretado— constituyen la regulación legal principal del fuero de maternidad.

51. La Sentencia SU-070 de 2013 unificó la jurisprudencia en relación con la protección del embarazo y la maternidad derivada de la estabilidad laboral reforzada. En dicha providencia, la Corte Constitucional estableció dos reglas principales:

(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre , sin ninguna otra exigencia adicional [192] :

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y; (b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante el alcance de la protección , se debe determinar a partir de dos factores: (a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador y;

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada [193] . 52. A partir de estas dos pautas normativas, la referida Sentencia de unificación presentó las hipótesis que pueden configurarse, en función de la modalidad de la relación laboral pactada y del conocimiento que tenga el empleador de la condición de gestante de la trabajadora. Dichos supuestos pueden resumirse de la siguiente forma:

Cuadro No. 1 – Situaciones en las cuales las consecuencias jurídicas dependen del conocimiento del empleador Modalidad Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo Contrato a término indefinido 1.

Protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.

1. Si el empleador adujo justa causa , tiene lugar una protección débil [194] . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

2. Si el empleador no adujo justa causa , tiene lugar, como mínimo, una protección intermedia. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, debe ordenarse el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

Contrato a término fijo 1. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del plazo pactado y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral.

Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T. 1. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y no se adujo justa causa , tiene lugar una protección intermedia .

Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, el reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, puede ordenar el pago de indemnizaciones por despido sin justa causa.

2. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia [195] .

2. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y se alega una justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado, tiene lugar una protección débil . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

3. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia , tiene lugar una protección intermedia . Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Tampoco se reconoce el pago de salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato pactado ya había terminado.

Contrato por obra o labor 1. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra o labor contratada y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral.

Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T. 1. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y no se adujo justa causa , tiene lugar una protección intermedia .

Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. 2. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia [196] .

2. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y se alega una justa causa distinta a la culminación de la labor pactada , tiene lugar una protección débil [197] . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

3. Si la desvinculación ocurre una vez culminada la obra y se alega dicha circunstancia como justa causa tiene lugar una protección intermedia . Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Cargos de libre nombramiento y remoción 1.

Protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.

1. Protección débil . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad. Cuadro No. 2 - Situaciones especiales que no dependen del conocimiento del empleador Cooperativas de trabajo asociado Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, según el caso.

Empresas de servicios temporales Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo o por obra o labor contratada, según el caso.

Contrato de prestación de servicios (cuando encubre relación laboral) Se deberán aplicar las reglas previstas para los contratos a término fijo.

3. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia [198] 53. Como fue expuesto anteriormente, el artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en épocas del parto [199] .

54. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital [200] .

La licencia de maternidad es, entonces, una medida de protección a favor de la madre del niño recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del bebé y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido [201] .

55. En esa medida, esta prestación cobija no sólo a personas vinculadas mediante contrato de trabajo sino a todas aquellas madres trabajadoras (dependientes e independientes) que, con motivo del nacimiento, interrumpen sus actividades productivas y cesan en la percepción de los recursos con los que habitualmente atendían sus necesidades vitales, siempre que cumplan con los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento.

56. Estos requisitos, según el artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 [202] son los siguientes: “Artículo 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto” .

Por su parte, el parágrafo 2º de dicho artículo señala que el esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

57. Además, el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 6 de mayo del 2016 [203] dispone, en relación con el reconocimiento de la licencia de maternidad, lo siguiente:

“ Artículo 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante

los meses que correspondan al período de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. ” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.1.13.2 señala que cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente y hubiere cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas:

Primera . Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia. Segunda. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan al período real de gestación.

58. Asimismo, a través de la Circular Externa 000024 del 19 de julio de 2017 , el Ministerio de Salud y Protección Social reiteró los requisitos señalados en la Ley 1822 de 2017 y el Decreto 780 de 2016 para el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad [204] .

59. El artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 asigna a las EPS el pago de la licencia de maternidad que será realizado por la EPS directamente “ a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC ”. Para la autorización y pago de la licencia de maternidad, las EPS deben verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por la aportante beneficiaria de la misma.

Una vez las EPS reconocen y pagan esta prestación económica, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) retribuye el valor correspondiente a través de los recursos administrados por la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) del FOSYGA en el régimen contributivo.

A partir de la Ley 1753 de 2015 se creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS (ADRES) encargada de Administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA.

60. Al respecto, el artículo 207 de la Ley 100 de 1993 dispone que el cumplimiento de la obligación de reconocer y pagar la licencia de maternidad será financiado por el fondo de solidaridad y garantía y su subcuenta de compensación interna del régimen contributivo [205] , a través de transferencias distintas a las que se realizan por concepto de UPC.

El Decreto 4023 de 2011 regula en detalle el modo en que las EPS cobran a las EPS la licencia de maternidad y establece que “ las licencias de maternidad y/o paternidad que las EPS y las EOC cobran al FOSYGA, así como las correcciones a licencias aprobadas o glosadas se presentaran al FOSYGA el último día hábil de la tercera semana del mes. El FOSYGA efectuara la validación para su reconocimiento dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación ” [206] .

La fuente de recursos de esta subcuenta es el monto resultante de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor reconocido a cada EPS de las unidades de pago por capitación, UPC [207] .

61. La anterior regulación permite concluir que cuando se trata de trabajadoras dependientes , para obtener el reconocimiento de la licencia de maternidad, aquéllas deben presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) el estado de embarazo de la trabajadora; b) la indicación del día probable del parto, y c) la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Por otra parte, cuando se trata de trabajadoras independientes , estas deben efectuar el cobro de esta prestación económica directamente ante la EPS y el soporte válido para su otorgamiento es el Registro Civil de Nacimiento. Lo anterior se infiere al aplicar analógicamente lo preceptuado en el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017 para la licencia de paternidad, pues ambas prestaciones económicas guardan una estrecha relación respecto de su objetivo y naturaleza [208] .

62. La obligación de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad recae en las EPS para lo cual deben constatar que el afiliado haya efectuado los correspondientes aportes y, a su vez, esta prestación económica se respalda financieramente con los recursos de la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del FOSYGA administrados por la ADRES.

4. Las reglas establecidas para el cambio de precedente de la Corte Constitucional en materia de tutela. 63. El artículo 241 Superior consagra los límites a la competencia de la Corte Constitucional y establece a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “sobre la base de la seguridad jurídica, la justicia material, el respeto por el principio democrático y la igualdad de trato jurídico” [209] .

Ahora bien, una de sus funciones se refiere a la unificación de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, al fungir como revisora de las decisiones de tutela y en el ejercicio de sus competencias de control abstracto [210] .

64. En este sentido, de conformidad con los artículos 34 del Decreto 2591 de 1991 [211] y 5° del Acuerdo 02 de 2015, le corresponde a la Sala Plena de este Tribunal unificar la jurisprudencia y decidir acerca de los cambios de precedente en materia de tutela [212] .

Tal competencia tiene como objetivo la integralidad en la interpretación del texto constitucional, la igualdad de trato jurídico, la seguridad jurídica y la coherencia interna del sistema jurídico. Por lo tanto, aunque los fallos de constitucionalidad por sus efectos erga omnes son vinculantes, obligatorios y fuente de derecho [213] , las Sentencias de tutela, aun cuando tienen efectos inter partes, deben observarse en virtud del derecho a la igualdad de los administrados y del principio de seguridad jurídica [214] .

65. En cuanto al valor de las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, este Tribunal ha sostenido que si bien de conformidad con el artículo 230 de la Carta la jurisprudencia es un “criterio auxiliar” de la actividad judicial (dado que una decisión judicial aislada no resulta, por sí misma, fuente directa de derecho para otros casos), el precedente judicial es obligatorio y los jueces deben acatarlo ya que cuando se ignoran o contrarían las pautas doctrinales determinadas por esta Corporación se viola la Constitución por aplicarla de forma contraria a como el juez de constitucionalidad ha establecido su alcance y sentido [215] .

No obstante, se admite que en virtud de la autonomía judicial, los jueces puedan apartarse del precedente, si cumplen los requisitos y la carga argumentativa para ello. Así, los pronunciamientos de las Sentencias de unificación se convierten en precedente judicial de obligatorio cumplimiento [216] y son la técnica judicial para mantener la coherencia de los sistemas jurídicos [217] .

66. Sobre el particular, la Sentencia C-816 de 2011 [218] estableció que la fuerza normativa de las decisiones dictadas por la Corte Constitucional, como órgano de cierre, proviene principalmente: (i) de la obligación de los jueces de la República, en su condición de autoridades públicas, de aplicar el principio constitucional de la igualdad frente a la ley y trato indiscriminado a todos los particulares; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y la labor de unificación jurisprudencial en su ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de buena fe, entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y (iv) de la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos respecto de la protección de sus derechos, esto es, la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos [219] .

67. Al respecto, esta Corporación ha resaltado desde sus primeros pronunciamientos la importancia de la función unificadora para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad. Así, la Sentencia C-104 de 1993 [220] señaló que la inexistencia de mecanismos para consolidar las posiciones de las Altas Cortes y de las distintas salas de una misma corporación genera caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Por ello, tal tarea es indispensable en un sistema jurídico jerárquico [221] con lo cual, esas decisiones al ostentar el carácter de obligatorias realizan la regla de la universalidad [222] .

68. Ahora bien, la Sentencia T-830 de 2012 [223] expuso con mayor detalle las razones que fundamentan la obligatoriedad del precedente y precisó tres motivos por los cuales el precedente tiene tal característica. Así, indicó como primer fundamento para sustentar dicha vinculatoriedad el artículo 230 de la Constitución, ya que al sujetar la actuación judicial al imperio de la ley , ese concepto incluye las Sentencias que interpretan la Constitución [224] . En segundo lugar, señaló que el precedente tiene como objeto garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional [225] .

Finalmente, indicó que el precedente corresponde a la solución más razonable al problema jurídico planteado, por ello deben existir mejores razones al momento de apartarse del mismo [226] .

Por otro lado, específicamente respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como precedente, se tiene que la falta de reconocimiento del alcance de los fallos constitucionales vinculantes se traduce en una contradicción ilógica entre la ley y la Constitución que perturba la eficiencia y eficacia institucional [227] .

Igualmente, es importante resaltar que al tratarse de Sentencias de unificación, basta con que exista un precedente, dado que estas “unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y (…) determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política ” [228] .

69. Dentro del escenario expuesto, la Corte ha establecido dos clases de precedente judicial, con fundamento en la autoridad que profiere la providencia previa, siendo el primero de ellos el precedente horizontal [229] , compuesto por aquellas Sentencias dictadas por el mismo operador judicial o autoridades de la misma jerarquía. La segunda categoría de precedente es el denominado vertical [230] , que se relaciona con los fallos proferidos por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción.

En cuanto al precedente vertical, la Sentencia SU-053 de 2015 [231] estableció que en la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles e indispensables, toda vez que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tienen contenidos semánticos de única interpretación. Por ende, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o lagunas que pueden generar diversas interpretaciones o significados, derivados de la propia ambigüedad del lenguaje [232] .

70. Respecto del precedente horizontal de la misma Corte Constitucional, la Sentencia SU-047 de 1999 [233] estableció que, en virtud de sus competencias y bajo determinadas circunstancias, la Sala Plena puede apartarse de sus decisiones ya que le corresponde sólo a ella cambiar el sentido de la línea jurisprudencial aplicable al caso bajo estudio. Así las

cosas, este Tribunal es la única instancia que puede modificar el precedente vinculante que en sus fallos haya adoptado [234] .

En tal sentido, la jurisprudencia ha determinado que, para que un cambio de jurisprudencia sea legítimo, se deben aportar las razones que lo justifiquen, lo cual no puede sustentarse exclusivamente en que la nueva interpretación es mejor que la anterior, sino que se deben aportar razones de peso para tal cambio, tanto sustancialmente como en relación con la igualdad y la seguridad jurídica, lo cual es fundamental para proteger el principio esencial del respeto al precedente [235] .

71. La Sentencia C-516 de 2015 [236] , que a su vez reitera lo establecido en la Sentencia C-898 de 2011 [237] , resumió las reglas vigentes sobre la vinculatoriedad del precedente que producen las altas cortes, y más específicamente, la Corte Constitucional. Posteriormente, afirmó que la modificación del propio precedente afecta de tal forma la igualdad y la seguridad jurídica que es necesaria la comprobación de circunstancias de carácter extremo y excepcional para fundamentar el cambio. Así, las condiciones que pueden sustentar tal determinación son:

(i) La reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente [238] . (ii) Las transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre algún asunto [239] .

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el cambio de precedente en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo fijado en la Sentencia C-075 de 2007 [240] en la cual se dijo que en esas circunstancias era “ necesario replantear la jurisprudencia fundamentando cuidadosamente el cambio en principios y reglas reformuladas” [241] .

(iii) Cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en estas circunstancias, “para justificar un cambio jurisprudencial de esta naturaleza es imperativo que se argumenten razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente” [242] .

72. Esta Corporación aplicó el último de los criterios expuestos en la Sentencia SU-214 de 2016 [243] en la cual estudió distintas acciones de tutela interpuestas por parejas del mismo sexo que, en virtud de la protección constitucional dada a la familia en el artículo 42 Superior, buscaban que se reconocieran los efectos de las uniones civiles, debidamente celebradas. En esa oportunidad, se declaró la validez jurídica de uniones a partir del año 2013, con base en que el cambio de precedente es justificado cuando existan interpretaciones jurisprudenciales que pueden ir en detrimento de derechos fundamentales y principios superiores .

De esta forma, la justificación para el cambio de precedente, se dio por la necesidad de aplicar efectivamente las prerrogativas que se derivan del derecho a la igualdad para las parejas del mismo sexo [244] .

73. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha explicado que cuando un juez de inferior jerarquía pretende apartarse de un precedente establecido por una alta Corte, (i) debe hacer explícitas las razones por las cuales se abstiene de seguir el precedente aplicable al caso concreto; y (ii) “ debe demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección” [245] .

74. En vista de todo lo anterior, debe aclararse entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en atención a los derechos al debido proceso, a la igualdad de trato ante la ley y las autoridades judiciales, así como los principios de buena fe y seguridad jurídica no es admisible desconocer el precedente judicial: (i) por considerar que el mismo no es

fuente de derecho; (ii) por la simple voluntad de negar la fuerza vinculante en un caso concreto; o (iii) por omisión deliberada ” [246] .

Tampoco son admisibles razones de conveniencia institucional, dado que “no solo es un ánimo de perfectibilidad del precedente el que puede sustentar su modificación, sino la existencia de una regla de derecho jurisprudencial que llegue a resultados inadmisibles e insoportables, en términos de garantía de los derechos, principios y valores que informan a la Constitución.” [247] .

75. En suma, una de las facultades de la Sala Plena de la Corte Constitucional es el cambio de jurisprudencia vinculante en materia de tutela. Así, los fallos dictados por esta Sala, al unificar el alcance e interpretación de un derecho fundamental en un caso específico, son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para futuros casos que presenten el mismo problema jurídico. En tal sentido, la observancia del precedente protege el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades judiciales y el principio de seguridad jurídica.

De este modo, el fundamento para un cambio de jurisprudencia se restringe a los eventos en los cuales: (i) se haya reformado el parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente; (ii) existan transformaciones en la situación social, política o económica que vuelvan inadecuada la interpretación que la jurisprudencia había hecho sobre determinado asunto; o (iii) cuando cierta jurisprudencia resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en estas circunstancias, se deben presentar razones fundadas en relación con la decisión que se pretende cambiar y que primen sobre el principio de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el principio esencial del respeto del precedente.

5. Las medidas legales y de política pública que desarrollan el subsidio alimentario previsto por el artículo 43 Superior para las mujeres gestantes y lactantes.

76. El artículo 43 de la Constitución Política establece que la mujer, “(…) [d]urante 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.” 77.

Así, en desarrollo de este mandato constitucional, el Legislador expidió el artículo 166 de la Ley 100 de 1993. Dicha norma jurídica, a su turno, en lo atinente al asunto objeto de revisión, se compone de dos elementos:

(i) Atención materno-infantil en salud. El citado artículo, como se dijo, dispone que el Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. Así mismo, establece que el Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, las inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar.

(ii) Subsidio alimentario . De conformidad con la referida disposición, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario “en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste” [248] .

Adicionalmente, se define dicha prestación en los siguientes términos: “[p]ara los efectos de la presente Ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada” [249] .

78. Igualmente, en la Sentencia C-598 de 1998 [250] , la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 166 de la Ley 100 de 1993. En aquella oportunidad, los demandantes

indicaban que la citada norma desconocía el artículo 43 de la Constitución Política, toda vez que, a su juicio, la citada disposición restringía el acceso al subsidio alimentario allí previsto a las mujeres gestantes que estuvieran afiliadas al Régimen Subsidiado.

No obstante, aducían que de acuerdo con el tenor literal de la norma Superior, la subvención alimentaria debía beneficiar tanto a las mujeres desempleadas como a las desamparadas, ya que el enunciado normativo estaba planteado en forma disyuntiva [251] .

Por ende, la demanda estimaba que la ley no podría imponer como requisito que las mujeres embarazadas pertenecieran al Régimen Subsidiado en salud.

79. Pese a lo anterior, esta Corporación consideró que no le asistía razón a los actores, en la medida en que la condición de desempleo no bastaba, por sí sola, para acceder al subsidio alimentario previsto en el artículo 43 de la Carta. De este modo, a partir de una interpretación sistemática del contenido normativo acusado fundamentada en el mandato de igualdad y en la vigencia de un orden justo, la Corte entendió que, además de la situación de desempleo, la mujer gestante debe acreditar su condición de debilidad manifiesta (es decir, que no cuenta con apoyo económico familiar o de otra índole para su sustento y el del hijo por nacer) para acceder al subsidio alimentario previsto por la Constitución [252] .

Al respecto, explicó este Tribunal: “[E]l reconocimiento del subsidio referido en los términos en que lo estiman los demandantes, en un Estado en donde los recursos públicos son escasos, no conduciría a la finalidad constitucional de realizar un orden social justo, sin que la Corte estime que sea necesario entrar en más explicaciones sobre el punto.

Así las cosas, se impone el que además de no tener una vinculación laboral que la haga acceder a las prestaciones especiales en caso de maternidad previstas por la leyes del trabajo, la mujer esté en circunstancias que impliquen la imposibilidad de obtener por si misma o del padre del niño que espera o que ha nacido, o de su familia, o de un tercero, el apoyo que requiere durante el embarazo y el postparto ” [253] .

80. No obstante, en la Sentencia C-598 de 1998 la Corte Constitucional también precisó que la interpretación correcta del artículo 166 de la Ley 100 de 1993 impide restringir el subsidio alimentario a aquellas mujeres gestantes que se encuentren afiliadas al régimen subsidiado . De este modo, la subvención debe extenderse a las mujeres desempleadas que se encuentren igualmente en condiciones de debilidad manifiesta [254] .

Así mismo, aclaró que el acceso al subsidio alimentario consagrado en el artículo 43 Superior para las mujeres gestantes y lactantes puede revestir el carácter de derecho fundamental y, en caso de ser negado, puede reclamarse a través de la acción de tutela .

81. Ahora bien, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha determinado que el subsidio alimentario previsto en el artículo 43 Superior se materialice a través de la Modalidad Familiar de los Hogares Comunitarios de Bienestar. En este sentido, en sede de revisión la entidad informó a la Corte que estos servicios contemplan la entrega de un paquete alimentario mensual para su preparación y consumo en casa y de refrigerios semanales cuyo contenido se fundamenta en las orientaciones técnicas de la Dirección de Nutrición del ICBF.

Sobre este particular, es menester destacar que este subsidio alimentario tiene un alcance nacional, pues cuenta con cobertura en todos los departamentos del país. Así mismo, el ICBF informó a esta Corporación que en el año 2016 se beneficiaron 777.612 usuarios, dentro de los cuales se encuentran 69.927 mujeres gestantes y lactantes. De este modo, el total de inversión destinado a aquellas fue de $125.981.925.290.

82. Por otra parte, es pertinente resaltar que la Ley 1636 de 2013 creó el mecanismo de protección al cesante , el cual tiene como finalidad garantizar que las personas que pierdan su empleo conserven el acceso a los servicios de salud y al

sistema pensional, así como el subsidio familiar y la posibilidad de recibir servicios de intermediación y capacitación laboral.

Mediante esta normativa, las personas desempleadas pueden acceder al pago de aportes al Sistema de Salud y Pensiones calculados sobre la base de un salario mínimo [255] .

Igualmente, de conformidad con el artículo 77 de la Ley 1753 de 2015 , el artículo 45 del Decreto 2852 de 2013 y el artículo 1° del Decreto 582 de 2016 , las prestaciones económicas que se reconocen a la población cesante que cumpla con los requisitos dispuestos en las normas pertinentes son, además del pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social: (i) el reconocimiento de la cuota monetaria del subsidio familiar ; y (ii) la entrega de los bonos de alimentación.

En este sentido, de conformidad con el artículo 53 del Decreto 2852 de 2013, los cesantes que durante su última vinculación como dependientes recibían la cuota monetaria del subsidio familiar, tienen derecho a continuar percibiendo dicho ingreso en las mismas condiciones y por igual número de personas a cargo, a partir del mes en que se paguen las cotizaciones a los sistemas de pensiones y salud.

Adicionalmente, los bonos de alimentación son una “prestación económica destinada a cubrir gastos alimenticios de acuerdo con las prioridades de consumo de cada beneficiario durante un período de cesantía determinado (…)” [256] , los cuales equivalen 1.5 salarios mínimos, divididos en seis mensualidades iguales.

83. Finalmente, conviene destacar que mediante la Ley 1804 de 2016 se estableció la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia “De Cero a Siempre” , en la cual se sientan las bases técnicas y de gestión para garantizar el desarrollo integral, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y niñas de cero a seis años de edad.

84. En consecuencia, existen diversas medidas legales y de política pública que desarrollan la obligación de garantizar el mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes, en cumplimiento del artículo 43 Superior. Por una parte, el subsidio alimentario previsto en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 constituye una protección a la cual pueden acudir las mujeres en estado de gravidez o en periodo de lactancia que se hallen en situación de desempleo, incluso si no se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado. Por otra, los mecanismos de protección dispuestos en la Ley 1636 de 2013 y sus decretos reglamentarios establecen una serie de prestaciones económicas que garantizan la dignidad humana y el mínimo vital de las mujeres embarazadas que cumplan con los requisitos para acceder a ellos. Tales beneficios son: (i) el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social; (ii) el reconocimiento de la cuota monetaria del subsidio familiar; y (iii) la entrega de los bonos de alimentación.

6. La protección prevalente y continua en salud a la mujer durante el embarazo o el periodo de lactancia y a sus hijos menores de edad [257] 85.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está diseñado para garantizar la protección del derecho a la salud sin perjuicio de que la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia se encuentre desempleada. En efecto, la ley estableció como principio del sistema de salud la prevalencia de derechos de las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva y de los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral [258] .

86. De este modo, el Legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar un sistema de seguridad social integral, basado en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, expidió la Ley 100 de 1993 .

Dicho sistema se estructuró con el propósito de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan a partir de cuatro componentes

básicos: (i) el sistema general de pensiones; (ii) el sistema general de salud;

(iii) el sistema general de riesgos laborales; y (iv) y los servicios sociales complementarios [259] . En lo ateniente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en consideración del principio de universalidad en la cobertura del servicio, el artículo 157 de la mencionada ley estructuró dos tipos de regímenes, el Contributivo y el Subsidiado, cuya distinción se fundamenta en la capacidad económica del afiliado.

87. Al Régimen Contributivo pertenece la población con capacidad económica para cotizar en el sistema y sus beneficiarios, ya sea por encontrarse vinculados a un contrato de trabajo, ser acreedores de una pensión o por ser trabajadores independientes [260] . Este régimen es administrado a través de las Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.).

El Decreto 2353 de 2015, estableció que pueden pertenecer al régimen contributivo en calidad de beneficiarios “los miembros del núcleo familiar del cotizante de conformidad con lo previsto en el presente decreto, siempre y cuando no cumplan con alguna de las condiciones señaladas en el numeral 34.1 del presente artículo” [261] .

Así mismo, el Decreto 2353 de 2015 consagró en su artículo 38 la figura del afiliado adicional , por la cual el cotizante puede afiliar como beneficiarias a aquellas personas que tenga a su cargo, dependan económicamente de éste y se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, además de que no cumplan con los requisitos para ser cotizantes o beneficiarios en el régimen contributivo, “de manera que podrán incluirse en el núcleo familiar pagando la UPC correspondiente a su grupo de edad, el per cápita para promoción y prevención, y un valor destinado a la subcuenta de solidaridad equivalente al 10% de la sumatoria del valor de los dos conceptos” [262] .

88. Ahora bien, en virtud del deber del Estado de garantizar la cobertura progresiva del sistema de salud a toda la población, esta Corporación ha señalado que los hermanos de los cotizantes también pueden ser afiliados al servicio de salud en calidad de beneficiarios sin exigirles ningún aporte adicional [263] .

Así las cosas, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto en calidad de cotizantes como en condición de beneficiaros en el Régimen Contributivo. En este sentido, es importante destacar que las mujeres embarazadas o en período de lactancia que se encuentren desempleadas pueden ser beneficiarias dentro del Régimen Contributivo en tanto miembros del núcleo familiar del cotizante o en calidad de afiliados adicionales.

89. En cuanto al Régimen Subsidiado , es pertinente anotar que al mismo pertenece la población sin capacidad contributiva o que no cuenta los recursos suficientes para cubrir la totalidad de su cotización, en aplicación del principio de solidaridad. Igualmente, se debe señalar que el Régimen Subsidiado es administrado por las EPS-S y, en desarrollo del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, tiene la obligación de otorgar una especial protección a “ las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, (…) las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año (…)” [264] , entre otros.

90. Por otra parte, en virtud del principio de universalidad, la norma citada estableció en su momento una tercera categoría perteneciente también al Sistema de Seguridad Social en salud, denominada “participantes vinculado” , condición temporal destinada a cubrir a la población pobre y vulnerable y a sus grupos familiares que “ por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiados del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado ” [265] .

Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 determinó que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así mismo, la norma establece que cuando una persona que requiera atención en salud, no se encuentre afiliada al sistema, ni

tenga capacidad de pago, deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial y ésta última deberá iniciar el proceso para que la persona se pueda afiliar al sistema en el régimen contributivo o subsidiado.

91. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el ordenamiento jurídico.

Así, tanto las Salas de Revisión [266] como la Sala Plena de esta Corporación, en la Sentencia SU-677 de 2017 [267] , se han referido a esta disposición y han establecido que presenta dos consecuencias jurídicas: (i) la desaparición de la calidad de participante vinculado consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993; (ii) la obligación de las entidades territoriales de garantizar la prestación de los servicios básicos de salud a la población no afiliada y de iniciar los trámites necesarios para su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de conformidad con los requisitos exigidos por la ley.

92. Ahora bien, en relación con la protección especial de la cual son titulares las mujeres gestantes y en periodo de lactancia dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 , establece que las mujeres en estado de embarazo, en virtud del Plan Obligatorio de Salud y en cualquiera de los regímenes de afiliación, tendrán acceso a los servicios de salud entre los cuales se enuncian: (i) controles prenatales; (ii) atención del parto;

(iii) control de postparto; y (iv) atención de afecciones relacionadas directamente con la lactancia. Así mismo, el Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año debe cubrir, de acuerdo con la disposición normativa referida: (i) la educación; (ii) información y fomento de la salud; (iii) el fomento de la lactancia materna; (iv) la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, además de los medicamentos esenciales; y (v) la rehabilitación cuando hubiere lugar.

93. Adicionalmente, el precedente constitucional ha establecido la prohibición de excluir completamente del sistema de salud a una mujer en estado de embarazo.

Por ejemplo, en la Sentencia SU-111 de 1997 se reiteró la regla en mención toda vez que no se protegen únicamente sus derechos a la salud y a la maternidad, sino también el valor de la vida:

"Adicionalmente, esta misma jurisprudencia ha definido también que el alcance de la seguridad social como derecho fundamental, surge igualmente cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere de una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia, entre otras.

(...)Y no cabe la renuncia o la exclusión de estos derechos, menos aun cuando se trata de una mujer embarazada porque la protección ya no es solamente por el derecho a la salud sino por el derecho a la maternidad, y no solo es para la mujer sino también para el nasciturus. Se considera que esta protección se basa en los artículos 5, 42, 43, 44 y 53 de la C. P. y también en el artículo 13 ibídem porque “la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos”. Luego, no es constitucional que se expulse del sistema de seguridad social en salud a una mujer embarazada, que por mandato constitucional (artículo 43) goza de especial asistencia y protección del Estado ."

[268] (Negrilla fuera del texto original) 94. En igual sentido, la Sentencia T-177 de 1999 [269] reiteró que, de acuerdo con el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, son beneficiarias del Régimen Subsidiado en salud, las mujeres gestantes en estado de pobreza [270] .

Por consiguiente , la jurisprudencia constitucional también se ha referido a la atención prioritaria que debe brindarse a las mujeres embarazadas que se encuentran calificadas en los niveles 1 y 2 del SISBEN, por lo cual las entidades territoriales tienen la obligación de identificarlas [271] .

De la misma forma, esta Corporación ha manifestado que así como se protege a la mujer en estado de embarazo también existe una especial protección para los recién nacidos en virtud del artículo 44 de la C.P. y sus derechos son prevalentes, especialmente los derechos a la salud, a la vida y a la integridad, entre otros.

95. Recientemente, en relación con la protección del derecho a la salud a migrantes venezolanos, la Sentencia SU-677 de 2017 [272] se pronunció sobre el caso de una ciudadana venezolana y migrante en situación de irregularidad que se encontraba embarazada, a quien las autoridades de salud le negaron la práctica de los controles prenatales y la asistencia de su parto.

En esta oportunidad, se realizó una interpretación del concepto de "urgencia médica" a partir del alcance que este Tribunal le ha dado al derecho a la vida digna.

Así, luego de determinar que la preservación de la vida implica, no solo librar al ser humano del hecho mismo de morir, sino protegerlo de toda circunstancia que haga su vida insoportable e indeseable o le impida desplegar las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad de forma digna, la Corte protegió el acceso de la ciudadana venezolana a los servicios relacionados con el embarazo [273] .

96. En consonancia con el precedente constitucional, existen normas reglamentarias que expresamente prohíben que se niegue la atención de las mujeres embarazadas y sus hijos menores de edad, en los casos de mora en el pago de las cotizaciones. Sobre el particular, el artículo 2.1.9.5. del Decreto 780 de 2016 dispone:

" Artículo 2.1.9.5. Garantía de la prestación de los servicios a las mujeres gestantes y beneficiarios menores de edad por efectos de la mora.

Cuando exista mora y se trate de un cotizante independiente o dependiente o de un beneficiario, los servicios del plan de beneficios seguirán garantizándose través de la EPS a las madres gestantes por el periodo de gestación y a los menores de edad por el plazo previsto en el numeral 6 del artículo 2.1.9.6 del presente decreto." 97.

Por otra parte, como fue expuesto en acápites anteriores de la presente decisión, la Ley 1636 de 2013 contempla un seguro de salud por desempleo. En tal sentido, el artículo 12 de la aludida normativa dispone que las personas desempleadas pueden acceder al pago de aportes al Sistema de Salud y Pensiones calculados sobre la base de un salario mínimo, durante un tiempo determinado. De igual manera, el artículo 53 del Decreto 2852 de 2013 establece las reglas para que se financien tales cotizaciones y se efectúe su pago por intermedio de las Cajas de Compensación Familiar a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.

98. En conclusión, en cumplimiento de los principios de universalidad, integralidad, eficiencia y prevalencia de derechos, la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud debe abarcar a toda la población . De este modo, el Legislador ha previsto la existencia de dos regímenes de afiliación, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de todos los residentes en Colombia. Por tanto, pese a la eliminación de la categoría de participantes vinculados, resulta claro que las personas que aún no se encuentran afiliadas al Régimen Contributivo o al Subsidiado tienen derecho a recibir la prestación de los servicios básicos de salud, con cargo a las entidades territoriales. Adicionalmente, se debe resaltar que en cualquiera de las modalidades de afiliación o vinculación se prevé una especial protección para las mujeres durante la gestación, después del parto y en el periodo de lactancia.

99. Así las cosas, a partir de la especial protección constitucional prevista para las mujeres embarazadas y los niños menores de dos años, existen diferentes mecanismos de garantía de su derecho a la salud mediante los cuales se asegura su acceso a las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. De este modo, con independencia de que la mujer gestante esté vinculada laboralmente, puede recibir atención en salud en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada

adicional. Igualmente, mediante el mecanismo de protección al cesante se garantiza el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud para aquellas mujeres embarazadas que se encuentren en situación de desempleo.

Además, en caso de no contar con recursos económicos, puede afiliarse al Régimen Subsidiado, con el fin de recibir atención médica oportuna en las distintas etapas de la gestación, postparto y lactancia, además de otros beneficios.

Finalmente, la Sala concluye que, en todo caso , las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, aún si no se encuentran afiliados al Régimen Contributivo o al Subsidiado.

7. El sentido y alcance de la modificación jurisprudencial adoptada en la presente decisión: el empleador no debe sufragar ni las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, ni la totalidad de dicha prestación económica cuando desvincula a una trabajadora embarazada sin conocer de su estado de gestación .

100. A modo de aclaración preliminar , la Sala Plena precisa que el ámbito de la presente decisión comprende únicamente los contratos de trabajo y relaciones laborales subordinadas dado que los expedientes objeto de revisión en el presente proceso se refieren únicamente a dichas modalidades de vinculación. Por consiguiente, el pronunciamiento de la Corte Constitucional en esta oportunidad se restringirá a tales tipos de relación contractual.

101. Ahora bien, en cuanto al asunto objeto de estudio por la Sala Plena, es pertinente resaltar que en el presente proceso se analizan las acciones de tutela presentadas por tres mujeres embarazadas, quienes solicitan que se garanticen, entre otros, sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, en la medida en que, según afirman, fueron desvinculadas en estado de gravidez. Por su parte, los respectivos empleadores, quienes en todos los casos son empresas privadas, adujeron en el trámite del amparo constitucional que no tenían conocimiento de que sus trabajadoras tenían la condición de gestantes al momento del despido.

102. En el presente caso, corresponde a la Sala establecer si las empresas privadas accionadas desconocieron los derechos fundamentales de las mujeres gestantes a la igualdad y no discriminación, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada cuando sus empleadores afirman no conocer el estado de gestación de las trabajadoras, terminaron unilateralmente sus contratos de trabajo.

7.1. Precedente vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas en los contratos de trabajo a término indefinido, a término fijo y por obra o labor determinada.

103. En este sentido, el precedente actual en relación con la protección de la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas en estos tipos de contratos puede resumirse de la siguiente manera:

Modalidad Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo Contrato a término indefinido 1.

Protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.

1. Si el empleador adujo justa causa , tiene lugar una protección débil [274] . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

2. Si el empleador no adujo justa causa , tiene lugar, como mínimo, una protección intermedia. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, debe ordenarse el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

Contrato por obra o labor 1. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra o labor contratada y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral.

Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T. 1. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y no se adujo justa causa , tiene lugar una protección intermedia .

Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. 2. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia [275] .

2. Si la desvinculación ocurre antes de la terminación de la obra y se alega una justa causa distinta a la culminación de la labor pactada , tiene lugar una protección débil [276] . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

3. Si la desvinculación ocurre una vez culminada la obra y se alega dicha circunstancia como justa causa tiene lugar una protección intermedia . Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Contrato a término fijo 1. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del plazo pactado y el empleador no acudió al inspector del trabajo, tiene lugar una protección integral.

Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T. 1. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y no se adujo justa causa , tiene lugar una protección intermedia .

Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, el reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Si no resulta posible el reintegro, puede ordenar el pago de indemnizaciones por despido sin justa causa.

2. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia, debe acudirse al inspector del trabajo. En este caso, tiene lugar una protección intermedia [277] .

2. Si la desvinculación ocurre antes del vencimiento del contrato y se alega una justa causa distinta al cumplimiento del plazo pactado, tiene lugar una protección débil . Se debe ordenar el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

3. Si la desvinculación ocurre una vez vencido el contrato y se alega como justa causa dicha circunstancia , tiene lugar una protección intermedia . Se debe ordenar, como mínimo, el pago de las cotizaciones durante el periodo de gestación. No obstante, si el embarazo ya culminó, como medida sustitutiva el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia de maternidad.

El reintegro sólo procederá cuando se demuestre que las causas del contrato laboral no desaparecen. Tampoco se reconoce el pago de salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato pactado ya había terminado.

7.2. Fundamentación del cambio de jurisprudencia: la regla hasta ahora vigente ha desdibujado el fuero de maternidad como una acción afirmativa, lo cual genera mayor discriminación para las mujeres en el ámbito laboral en contravía de los mandatos de los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución.

104. Como se advirtió, existen tres eventos en los cuales es legítimo cambiar el precedente vigente. En esta oportunidad, la Sala considera que procede la modificación jurisprudencial por la tercera de estas causales, es decir, la regla mencionada resulta contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se erige el ordenamiento jurídico.

105. Para la Sala Plena, la regla jurisprudencial vigente en materia de estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas en los contratos de trabajo a término indefinido y por obra o labor determinada, según la cual el empleador, aun cuando efectivamente demuestra que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora y que su despido no obedeció a tal razón, debe asumir el pago de los aportes a la seguridad social requeridos para cubrir su licencia de maternidad, o incluso se ordenaron reintegros y/o pagos de licencias de maternidad contraría el fundamento de las acciones afirmativas para las mujeres y su protección en el ámbito laboral.

Así pues, el sustento del cambio de jurisprudencia se basa justamente en que el entendimiento de los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución Política —que soportan el fuero de maternidad— implica que las protecciones que se desprenden para la mujer en el ámbito del trabajo deben conducir efectivamente a protegerla de la discriminación originada en el embarazo, en lugar de extender dichos beneficios a otro tipo de situaciones.

106. En efecto, la regla jurisprudencial objeto de modificación impone una obligación desproporcionada para el empleador cuando no existe discriminación de su parte, pues cuando es claro que el motivo del despido no tuvo que ver con el estado de embarazo de la trabajadora, es decir, no se fundó en un trato ilegítimo derivado del ejercicio de la función reproductiva de las mujeres, no es posible imponer cargas económicas por haber actuado dentro del margen de apreciación del trabajo que tiene el empleador.

No debe perderse de vista que, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013 , el fundamento de la regla jurisprudencial previamente enunciada, se desprende del principio de solidaridad. En tal sentido, la protección derivada del fuero de maternidad muta para convertirse en una acción afirmativa exclusivamente destinada a la familia. De este modo, se desplaza hacia el empleador la carga económica asignada al Estado por el artículo 43 de la Constitución, en virtud de la cual debe asumir la faceta prestacional de los derechos contemplados para la mujer embarazada.

Por tanto, como se demostrará en el siguiente acápite, la regla jurisprudencial vigente fomenta una mayor discriminación para las mujeres, pues al desnaturalizar una protección dirigida a los eventos en los cuales efectivamente se despide a las mujeres en razón del embarazo, se genera que la presencia de aquellas en la fuerza laboral sea demasiado costosa y que los empleadores no quieran asumir su contratación.

107. El artículo 43 de la Constitución establece la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres. Así mismo, señala que la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección y cuando esté desempleada o desamparada recibirá un subsidio alimentario.

En tal medida, el deber de realizar la igualdad sustantiva para las mujeres que se desprende de este artículo tiene dos acercamientos. Primero, un mandato claro de igualdad entre hombres y mujeres que cobija todas las esferas de la vida y los espacios de la sociedad. Segundo, instaura un deber para el Estado de proteger especialmente a la mujer en estado de embarazo , después del parto y en los eventos de desempleo o desamparo se debe dar un subsidio alimentario .

108. Por tanto, si bien la protección durante la maternidad derivada del mandato de igualdad es exigible a todos los ámbitos de la sociedad, el deber de garantía asistencial consistente en el pago de un subsidio alimentario está a cargo del Estado. No obstante, la regla jurisprudencial objeto de modificación ha desplazado tal obligación para ponerla a cargo del empleador. Lo anterior, tiene pleno fundamento en los casos en los cuales se presenta una discriminación en el ámbito laboral en contra de la mujer gestante. Sin embargo, en las situaciones en las cuales no existe tal supuesto, se impone una carga económica desproporcionada para el empleador que, además, desencadena efectos discriminatorios que contrarían la misma norma constitucional de la cual se ha derivado la regla en mención.

109. En consecuencia, el precedente vigente hasta este momento ha desdibujado el fundamento de las acciones afirmativas previstas para las mujeres en el espacio laboral, ya que parte de supuestos en los cuales no existe discriminación fundada en el ejercicio de su rol reproductivo. De esta manera, se desplaza una protección que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución se encuentra a cargo del Estado, para imponer dicha carga económica al empleador y, por consiguiente, generar una mayor discriminación para las mujeres en el ámbito del trabajo, dado que se incrementan los eventuales costos que se derivan de la contratación de mujeres.

En todo caso, resulta pertinente aclarar que cuando el empleador conoce del estado de embarazo de la mujer gestante, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa.

7.2.1. El derecho de las mujeres al trabajo en condiciones de igualdad y el fuero de maternidad [278] 110. La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones: la primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material , mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “ por su condición económica, física o mental ”. La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

111. Como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades [279] , las acciones afirmativas se desprenden de los dos primeros mandatos mencionados y se refieren al deber de intervención del Estado mediante el impulso de medidas que favorecen a ciertas personas o grupos, con el objetivo de morigerar los efectos de las prácticas sociales, históricas, culturales y económicas que han ubicado a estas personas en una posición desfavorable de manera estructural. En este sentido, es válido que dichas medidas sólo cobijen a un grupo de personas, ya que buscan superar los obstáculos que les han impedido gozar de una igualdad material, a través del otorgamiento de beneficios que conduzcan a dicho propósito.

112. Las mujeres, como grupo que ha sido tradicionalmente marginado y discriminado por su género en diferentes aspectos de la vida, son titulares de este tipo de políticas que buscan la igualdad sustantiva, como un deber positivo del Estado.

Así pues, lo que doctrinalmente se ha denominado “acciones afirmativas ” a favor de las mujeres tiene origen en las medidas de intervención directa adoptadas en Europa en los entre los años 1960 y 1970.

Éstas son medidas que disponen un trato diferente para las mujeres con el objetivo de beneficiarlas en diferentes escenarios como en el acceso o la permanencia en el empleo o en la concreción de la igualdad en la retribución por el trabajo [280] . Por ejemplo, el Consejo de las Comunidades Europeas, mediante su Directiva 79/7 de 1978, relativa al principio de igualdad, estableció que “ los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho ” [281] . En desarrollo de esta normativa, el mismo órgano ha

establecido diferentes directivas y resoluciones con el propósito de dar dirección e incentivar a los miembros de la comunidad a adoptar políticas para la promoción de la igualdad de oportunidades para las mujeres en el trabajo [282] .

113. A su turno, diferentes decisiones de Tribunales Constitucionales Europeos [283] y la Corte Suprema de Estados Unidos [284] , han avalado medidas, específicamente de orden laboral, que favorecen a las mujeres en el acceso o permanencia en el trabajo, con fundamento en las condiciones estructurales o circunstanciales que las sitúan en situación de desventaja.

114. Más allá, este tipo de disposiciones han sido acogidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer en su artículo 11 establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas para eliminar la discriminación de la mujer en el trabajo [285] .

Igualmente, el Convenio de la OIT No. 3 de 1919 estableció la prohibición del despido de la mujer durante el periodo de licencia de maternidad, que también se reconoció en ese instrumento [286] .

Igualmente, los Convenios 100, 102, 111 y 156 del mismo órgano han ahondado y ratificado el derecho a la igualdad de condiciones en el empleo para las mujeres, particularmente en relación con la maternidad y el embarazo.

115. En cuanto a la constitucionalidad de este tipo de medidas, esta Corporación ha dicho que las mismas se ajustan a nuestra Carta Superior si : “(i) tienen vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades [287] ;

(ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatori o [288] ; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley [289] o por actos administrativos [290] , dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios [291] ;

v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas [292] , por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos [293] ” [294] .

116. En conclusión, las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral no son sólo medidas de intervención válidas en términos constitucionales, sino también concretan el deber estatal y en especial el deber específico del Legislador de diseñar medidas normativas para alcanzar la igualdad sustantiva. La estabilidad laboral reforzada para las mujeres en razón a la maternidad es una de ellas.

7.2.2. La estabilidad laboral reforzada para las mujeres en razón de la maternidad 117. Como se expuso anteriormente, el fundamento de la protección del fuero de maternidad tiene cuatro sustentos: (i) el mandato del artículo 43 acerca de la especial protección de la mujer embarazada y en periodo de lactancia y en el caso de estar desamparada la obligación de otorgar un subsidio alimentario; (ii) la protección de la mujer embarazada de la discriminación en el trabajo, específicamente de su despido por la maternidad; (iii) la protección de la mujer como gestora de vida y los derechos de los niños; y (iv) la protección a la familia. Aunque los cuatro fundamentos hacen parte del desarrollo constitucional del fuero de maternidad, ninguno puede ser escindido del segundo de los elementos, que es el objetivo central de esta protección.

Así, si desaparecen los motivos de discriminación que fundamentan la protección de la mujer en el ámbito laboral por el embarazo, la acción afirmativa cambia la naturaleza de la protección y aun cuando puede, por ejemplo, sustentarse para el caso de las licencias de maternidad o paternidad en razón a la protección a la familia deja de proteger a la mujer en el ámbito laboral para garantizar otros valores diferentes.

118. De este modo, a partir del recuento normativo realizado en esta Sentencia en los fundamentos jurídicos 13 y 14, se demuestra que el principal sustento de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres se encuentra en atender a una

situación de desventaja histórica a la que ha sido sometida la mujer trabajadora: el despido en razón del embarazo y así, independientemente de los efectos de la medida en relación con el acceso al trabajo para las mujeres por el costo de la mano de obra femenina, potenciar la estabilidad laboral de la mujer y su posibilidad de permanecer en la fuerza laboral cuando ejerce su rol reproductivo. Entonces, la medida de estabilidad reforzada para la mujer embarazada es una respuesta histórica a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral que eran y siguen siendo despedidas por razón del embarazo. Su objetivo principal es: (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 impacte el segundo y su desempeño en el mismo.

119. La jurisprudencia constitucional, al interpretar armónicamente el artículo 13 de la Constitución, en lo relativo a la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para enfrentar la discriminación de la mujer, con los artículos 43, en cuanto a la especial protección y asistencia de la mujer durante el embarazo y después del parto mediante el otorgamiento de un " subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada", y 53, en relación con la " estabilidad en el empleo " y la " protección especial a la mujer y a la maternidad " ha desarrollado esta garantía como una que también se deriva de una situación de debilidad manifiesta por el embarazo [295] .

Adicionalmente, ha establecido que ésta encuentra su fundamento en la protección a la familia y de los derechos de los niños, con base en lo cual ha dicho que: (i) " a la mujer embarazada se le debe brindar una especial protección estatal como "gestadora de vida que es";

(ii) "la protección a la mujer trabajadora gestante tiene como fundamento a la presunción de que la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer";

y (iii) " los mandatos contenidos en los artículos 5 y 42 de la Carta Política también han sido considerados como fundamentos constitucionales del derecho aludido, gracias a la relevancia que tiene la institución de la familia, y por ende, la mujer gestante, como base de la sociedad " [296] .

Por lo tanto, la estabilidad laboral de la mujer embarazada comparte dos fundamentos, uno inicial, de protección a la permanencia de la mujer en el trabajo frente a la discriminación del despido por dicha condición; y otro posterior, relacionado con el disfrute de la licencia de maternidad, que busca proteger a los niños recién nacidos y a la institución familiar desde la protección a la mujer trabajadora. En el contexto de esta medida, al segundo de los fundamentos no se le puede dar una lectura escindida del primero, que en esencia es una acción afirmativa para asegurar la permanencia en el trabajo de las mujeres que ejercen su rol reproductivo, lo cual se traduce en una protección respecto del despido y en un beneficio que otorga autonomía económica.

120. Así pues, la desventaja de la que surge la protección se encuentra en que la mujer, al soportar los mayores costos de la reproducción y tener que ausentarse durante un tiempo para ejercer la maternidad desencadena, a su vez, costos para el empleador que debe asumir sus ausencias en el trabajo y, en un principio, tenía que arrogarse el pago de una doble erogación: el salario durante la licencia de maternidad y el salario de la persona que debía remplazar a la primera. De lo anterior surge que, dado que los costos de la maternidad son tradicionalmente asumidos sólo por las mujeres, el ejercicio de ese rol las pone en desventaja en el mercado laboral.

En consecuencia, el despido por esta razón es una violación del derecho al trabajo, ya que la condición de mujer y los costos de la reproducción hacen que se interrumpa, de forma definitiva, el ejercicio de la labor por el despido. Entonces, la desigualdad está relacionada con que la contratación de mujeres que ejerzan dos roles simultáneamente, uno reproductivo y otro como trabajadora, se ha percibido como un detrimento del objetivo productivo y eficiente de una empresa. En estos términos, el ejercicio de la maternidad se ha visto como una desventaja en el ámbito laboral, de ahí que la medida de la estabilidad laboral reforzada busca superarla mediante el otorgamiento de un privilegio.

121. De otra parte, el fuero de maternidad y la licencia de maternidad aun cuando están ligados, son diferenciables, pues la segunda tiene objetivos específicamente relacionados con las protecciones de los artículos 5°, 43 y 44 de la Carta Superior. Por lo tanto, los beneficios del disfrute de la licencia de maternidad, destinada para que las mujeres puedan cuidar del recién nacido, tienen una incidencia directa en la protección de la familia y los derechos de los niños, pero éstos no deben confundirse con la ventaja laboral de permanencia para la mujer en el trabajo durante ese periodo. Es decir, una cosa es disfrutar de la licencia, que tiene el propósito de cuidar la familia y a los recién nacidos y otra cosa es la prevención de que el ejercicio del rol reproductivo desencadene para la mujer la imposibilidad de continuar en el empleo. La finalidad de la estabilidad laboral también está relacionada con la protección del derecho al trabajo, de la independencia económica y, en algunos casos, de la concreción del proyecto de vida.

122. Por lo tanto, cuando se escinde el fundamento principal del fuero de maternidad, el cual representa una protección de la mujer respecto de la discriminación en el ámbito del trabajo, para cobijar otros supuestos, es decir, cuando se otorga, como en este caso, una protección exclusivamente basada en el deber de solidaridad, la acción afirmativa pierde sustento y se desdibuja la garantía de no discriminación de las trabajadoras.

Adicionalmente, tal determinación hace que el costo de la labor femenina sea mayor respecto a la del hombre (y no propiamente porque se remunere mejor) y genera que el mercado laboral prefiera el trabajo de los hombres por encima del de las mujeres en edad reproductiva. Lo anterior, perpetúa la discriminación hacia las mujeres trabajadoras, al imponer más barreras a su acceso al espacio laboral, como se pasa a explicar.

7.2.3. La mujer y su acceso a la fuerza laboral 123. Los siguientes datos evidencian las desigualdades que enfrentan las mujeres en el acceso al empleo con fundamento en su género y particularmente cuando se encuentran en edad reproductiva.

124. El Banco Mundial ha recopilado algunas cifras sobre la brecha de desigualdad a nivel general que hay en materia de desempleo entre hombres y mujeres, de los cuales se colige que, “ la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha estancado en los últimos 20 años, al disminuir del 57 % al 55 % a nivel mundial” [297] .

De igual forma, “un total de 128 países cuenta con al menos una diferenciación legal basada en el género, es decir que las mujeres y los hombres no pueden participar de la misma manera en el mundo laboral. En 54 países, las mujeres enfrentan cinco diferencias legales o más” [298] .

A continuación, se presentan datos del año 2011 que muestran las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado laboral en países desarrollados y en desarrollo.

Fuente [299] Fuente [300] A partir de las gráficas presentadas anteriormente, se concluye que el 49% de las mujeres en los países en desarrollo se encuentran fuera del mercado laboral. En el caso de los hombres, la cifra llega apenas a un 21%.

125. En Colombia, en forma adicional a la brecha de acceso al empleo, se suma la diferencia del valor entre la fuerza de trabajo femenina y masculina.

Para el año 2009, según estudios realizados en las trece principales ciudades del país, los hombres ganaban en promedio 14% más que las mujeres trabajadoras.

No obstante, las mujeres trabajaban en promedio menos horas que los hombres y, por ello, la brecha salarial por hora era [301] apenas del 9% [302] .

De acuerdo con el Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, para el trimestre octubre-diciembre 2017 el desempleo femenino era del 11% en contraste con el 6,6% masculino, sin olvidar que persiste una brecha salarial del 25% [303] .

Según el DANE, de noviembre de 2017 a enero de 2018, la tasa de desempleo para hombres fue 7,3% mientras que para las mujeres fue 12,5% (ver cuadro), y la población económicamente activa estuvo compuesta en un 57,1% por hombres y un 42,9% por mujeres [304] .

Esto, a pesar de que las mujeres tienen mayor promedio en años de educación y de que una mayor proporción de ellas cuentan con estudios superiores [305] .

126. Las anteriores cifras, al igual que diversos estudios que “se han ocupado de las variables que influyen en la mayor probabilidad del desempleo de las mujeres y en estimar la incidencia y la duración esperadas del desempleo para hombres y mujeres” [306] , evidencian que actualmente existen grandes diferencias entre las tasas de desempleo femenino con respecto al masculino [307] .

Así mismo, indican que las mujeres y los hombres no funcionan de igual manera en el mundo laboral, ya que se ha podido establecer, por ejemplo, que específicamente “las mujeres madres sufren mayores tasas de desempleo a causa de los sobrecostos que incurren las empresas por la maternidad y la restringida oferta de cuidado para la primera infancia” [308] .

127. La información expuesta anteriormente configura en un parámetro de gran importancia, ya que trae como consecuencia, entre otras cosas, que una mujer asalariada en edad reproductiva tiene probabilidades más altas de quedarse desempleada que un hombre trabajador de su misma edad, incluso sin tener hijos o pareja o sin importar el hecho de que viva sola [309] . Un ejemplo de ello, está en las cifras que mostraba el DANE para el año 2015 respecto de la ciudad de Bogotá [310] :

Los datos de la gráfica anterior muestran que, aunque las mujeres superan a los hombres tanto en población total, como en personas en edad de trabajar, participan en menor medida del mercado laboral que los hombres: un 65,5 % frente a un 78,3% [311] .

128. De igual forma, en el siguiente cuadro [312] , es posible ver, por ejemplo, que en el periodo comprendido entre 2009 y 2013, “ la mayoría de la población desempleada pertenece al grupo de mujeres de alta fertilidad (72%), mientras que en la empleada la mayoría de los trabajadores informales o que recurren al autoempleo pertenecen al grupo de baja fertilidad (56% y 65%, respectivamente) ” [313] .

[314] 129. Como se advirtió, una de las causas de esta brecha responde a que los costos para el sector laboral de emplear a mujeres en edad reproductiva son mayores que para los hombres, luego se vuelve una preferencia no emplear mujeres en esa categoría para no tener que asumir el pago de los beneficios establecidos para las mujeres en embarazo o exponerse a pagos adicionales con el mismo fundamento . En este sentido, un estudio de la ANDI sugiere que es necesario revisar los impactos negativos de la estabilidad reforzada en poblaciones protegidas pues se han tornado en barreras de accesibilidad al empleo, ya que los empleadores prefieren no contratar personas susceptibles del mismo [315] .

Como se ha dicho ampliamente, la legislación colombiana ha incorporado una serie de beneficios para las trabajadoras gestantes con fundamento en las protecciones constitucionales que lo ordenan, con el objetivo de disminuir la brecha de desigualdad en razón al género, evitar el trato discriminatorio contra las trabajadoras a causa del embarazo y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres [316] .

Entre estos beneficios, se encuentran: (i) la prohibición de despedir a la mujer en embarazo sin el permiso del Inspector del Trabajo o fuero de maternidad ; (ii) la licencia de maternidad de 18 semanas , la cual es pagada a través del sistema de seguridad social [317] ; (iii) el reintegro al puesto de trabajo [318] ;

y (iv) un periodo de lactancia, equivalente a dos descansos de 30 minutos por un término de seis meses. 130. Como lo han sostenido autores internacionales, políticas como “ las licencias de maternidad, las exigencias que se imponen a las empresas para el bienestar de las madres y los subsidios de cuidado infantil a las familias de bajos ingresos, (…) afectan la participación laboral y el patrón de empleo femenino después de la maternidad ” [319] .

Para analizar este hecho, un estudio de 2016 analizó los efectos de la entrada en vigencia de la Ley 1468 de 2011 (la cual aumentó el número de semanas de la licencia de maternidad) y concluyó que la probabilidad de inactividad aumentó “ para mujeres en el grupo de alta fertilidad en comparación con las del grupo de baja fertilidad una vez entró en vigencia la ley que extiende la licencia de maternidad ” [320] (columna 1):

[321] De conformidad con lo anterior, las políticas tendientes a proteger la discriminación por el hecho de la maternidad, la autonomía femenina y la desigualdad de género, al suponer costos adicionales para los empleadores respecto a los de la contratación masculina, han desencadenado un efecto negativo respecto del acceso al empleo para las mujeres.

Tal consecuencia, se debe, en primera medida, a que la legislación actual se enfoca en las madres, por ejemplo, al otorgar permisos como la licencia de maternidad en forma desigual entre éstos, lo cual genera que la tensión entre maternidad y trabajo se distribuya inequitativamente entre hombres y mujeres y que se limiten las oportunidades y autonomía económica de estas últimas [322] .

En segunda medida, no se socializan efectivamente los costos que representa la maternidad para las empresas [323] . Sobre este punto, diferentes investigaciones han encontrado que:

“…el sobrecosto anual por proveer licencia pagada de maternidad es 6,7% del salario anual de la trabajadora, porcentaje que se deriva directamente del pago de la seguridad social de la trabajadora en licencia de maternidad y la contratación de un trabajador que la reemplace durante ese período. A dicho sobrecosto debe sumarse otro grupo de costos conexos que son tradicionalmente asumidos por los empleadores y que (…) están relacionados con los ajustes necesarios que genera para la empresa la ausencia de la trabajadora en licencia, entre ellos la convocatoria de un trabajador de reemplazo, la selección del reemplazo adecuado, quizá incluso la pérdida de productividad durante el período de entrenamiento y ajuste, o durante todo el período de licencia si el trabajador de reemplazo no es tan productivo como lo era la trabajadora en licencia” [324] .

131. En efecto, debe tenerse en cuenta que “mientras que los costos salariales del empleado en licencia son cubiertos por el sistema de seguridad social, los costos mensuales de seguridad social del trabajador de reemplazo son asumidos por el empleador, lo cual genera un “pago doble” del empleador al sistema de seguro (…)” [325] .

Así pues, en palabras de las académicas Natalia Ramírez Bustamante, Ana María Tribín Uribe y Carmiña Ofelia Vargas Riaño: “... existen al menos tres factores que podrían generar sobrecostos a quien emplea mujeres : en primer lugar, costos “organizacionales” relacionados con la búsqueda y el entrenamiento del trabajador de reemplazo y la posible pérdida de productividad de la empresa durante el período de ajuste; en segundo lugar estarían los costos psíquicos que impone el prejuicio de los empleadores con respecto a la maternidad, a causa de los cuales estos suelen considerar que las mujeres, a diferencia de los hombres, enfrentan un conflicto entre los compromisos con el trabajo y las responsabilidades familiares, lo que las haría potencialmente menos productivas;

en tercer lugar, un costo relacionado con la disminución de la capacidad de despido que generan las normas de protección a la maternidad” [326] .

(Negrilla fuera del texto) 132. Por otro lado, tal como lo afirma el informe Gender at Work del Banco Mundial [327] , cuando se cruzan los parámetros que tienen las empresas sobre lo que entienden como un “trabajador ideal” y las normas de género, se crea una desventaja para las mujeres que, a su vez, privilegia a los hombres, en la medida en que se suele

favorecer a las personas que pueden trabajar de tiempo completo e incluso ir más allá del tiempo establecido. Dichas predilecciones no son proporcionales a las presiones sociales y culturales que enfrentan las mujeres respecto a las labores domésticas [328] .

Ahora bien, de acuerdo con el mismo informe, incluso las políticas que incrementan la flexibilidad en los lugares de trabajo o promueven los trabajos de medio tiempo no permiten superar las barreras de movilidad profesional para las mujeres, a menos que los hombres realicen más trabajo doméstico para compensar las demandas de tiempo que deben soportar las mujeres en ejercicio de su rol reproductivo y de cuidado del hogar [329] .

133. En este contexto, la OIT ha sostenido que uno de los problemas que se presenta es el del rechazo a candidatas en edad reproductiva. Dice:

"…asegurar que los empleadores no rechacen candidatas en edad reproductiva, quienes ya están asumiendo la carga más pesada de las responsabilidades familiares y cuyas ausencias durante la licencia de maternidad o incluso por períodos más largos generan problemas organizacionales para los empleadores, quienes en algunos casos incluso asumen la carga financiera de pagar salarios durante dichas ausencias (OIT, 1997)" [330] .

134. La Corte debe subrayar que los anteriores datos no implican, bajo ninguna circunstancia, que la solución a la problemática expuesta sea desalentar la creación y utilización de políticas tendientes a disminuir la discriminación hacia la mujer en el espacio laboral, pues además de que ello contrariaría tajantemente el ordenamiento constitucional, están demostrados los " beneficios de (las) políticas públicas y empresariales de gestión adecuada de la maternidad , inclusive en pequeñas y medianas empresas (OIT, 2014a; OIT, 2014b; OIT 2016)" [331] . Sin embargo, en este contexto, las cifras contribuyen a mostrar la importancia de que las protecciones y acciones afirmativas que se adopten tengan efectivamente respaldo en los mandatos de no discriminación para las mujeres en dicho espacio .

En efecto, esta Corporación aclara que los datos anteriormente presentados no implican una correlación directa entre las cifras de desempleo femenino y la existencia de medidas de protección dirigidas a las mujeres . No obstante, permiten concluir que: (i) cuando se imponen medidas que generan una afectación desproporcionada para los empleadores y que no garantizan el acceso de las mujeres al mercado laboral —dado que se fundamentan únicamente en el principio de solidaridad, en lugar de basarse en la prevención y erradicación de la discriminación—, la consecuencia es que se desincentiva la contratación de mujeres ; y (ii) la situación de desempleo femenino implica una desigualdad en el acceso al empleo por razón del sexo, la cual debe equilibrarse con medidas que permitan una participación equitativa en el mercado laboral.

135. Por ende, los anteriores datos demuestran que el hecho de desnaturalizar las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral, al establecer medidas que no tienen fundamento en la discriminación contra las mujeres en el empleo, sino en el principio de solidaridad para la familia, contraviene los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución. En efecto, al generar un sobrecosto para la contratación femenina en edad reproductiva respecto a la masculina, se contribuye a fomentar espacios de mayor discriminación para las mujeres, aspecto que implica imponer barreras en su acceso a la fuerza laboral.

136. En atención a las consideraciones precedentes, la Sala considera que el adecuado entendimiento de los artículos 13, 25 y 43 de la Constitución en relación con las acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral y, específicamente, el fuero de maternidad, es que las consecuencias de la estabilidad laboral reforzada para las mujeres gestantes no pueden otorgarse cuando no se fundamenten en una protección para las trabajadoras respecto de la discriminación laboral.

Ahora bien, como se expuso, la obligación de asumir el pago de las cotizaciones en seguridad social impone una carga económica desproporcionada para el empleador, toda vez que la desvinculación de la trabajadora no responde a su estado

de gravidez, sino al ejercicio de su libertad contractual. Como se explicó ampliamente, el impacto que tiene arrogar al empleador la protección de las mujeres desempleadas o desamparadas durante el embarazo y después del parto, que en principio está radicada en el Estado, desencadena un costo adicional respecto de la contratación masculina, que éstos no tienen por qué asumir.

En este sentido, no existe una desprotección para las mujeres gestantes, en la medida en que la obligación de garantizar sus derechos al mínimo vital y a la salud recaerá sobre el Estado, en los términos del artículo 43 Superior. No obstante, es menester aclarar que cuando el empleador conoce del estado de gravidez de la trabajadora, tiene prohibido desvincular a dicha trabajadora sin la respectiva autorización del Inspector del Trabajo, aún cuando medie una justa causa.

137. Incluso, este impacto desproporcionado puede ser mucho mayor si se considera que los empleadores pueden ser pequeñas empresas o personas naturales, para las cuales representa un costo elevado el pago de cotizaciones a la seguridad social de un trabajador que, además, no presta sus servicios para el contratante.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el empleador puede ser obligado a pagar la totalidad de la licencia de maternidad como medida sustitutiva al reconocimiento de las cotizaciones, si el embarazo ya ha concluido cuando el juez constitucional o laboral dicta la respectiva Sentencia.

En este orden de ideas, aunque el empleador no haya despedido a la trabajadora en razón del embarazo —toda vez que ni siquiera conocía dicha situación— puede eventualmente estar obligado a reconocer la totalidad de la licencia de maternidad si se determina que la empleada se encontraba en estado de gestación al finalizar el vínculo.

138. Por consiguiente, se insiste en que el artículo 43 Superior dispone que es el Estado quien está obligado a proteger a la mujer embarazada y después del parto cuando se encuentre desempleada o desamparada . Por tanto, el desplazamiento de este deber hacia los empleadores cuando no existe un fundamento de discriminación en su actuación en el marco de las relaciones laborales resulta excesivo.

Así, en el ejercicio de la libertad de empresa y contractual existen muchos tipos de empleadores y algunos son pequeños o medianos. Por tanto, tal realidad hace que la regla hasta ahora vigente haya podido, por ejemplo, tener como consecuencia la inviabilidad de ese tipo de empresas. Por ello, la contratación femenina se percibe por algunos como un riesgo y la regla ampliamente mencionada genera un incentivo negativo que refuerza dicha percepción, lo cual desencadena una exclusión a priori de las mujeres en la fuerza laboral.

Más allá, el hecho de que el fundamento de la asunción de esta prestación económica se encuentre en el deber de solidaridad desborda el principio de razonabilidad , toda vez que se basa exclusivamente en la protección de otros derechos constitucionales y no en una acción afirmativa de salvaguarda para las mujeres del despido por motivos discriminatorios. Si bien, como se ha advertido ampliamente la protección del mínimo vital de la mujer gestante es completamente legítima e imperiosa constitucionalmente como un deber para el Estado, de ello no se concluye que sea el empleador quien deba asumirla aun cuando ya ha concluido la relación laboral y no se presentó ninguna conducta discriminatoria o indebida por parte suya.

139. En este sentido, es importante resaltar que el fundamento del cambio de jurisprudencia que se adopta en la presente decisión responde a que la regla que se modifica se justifica en el deber de solidaridad y en la protección de la familia, aspectos que desnaturalizan el sentido de la salvaguarda prevista en el marco del fuero de maternidad, cuyo fundamento principal es, como se ha repetido, el derecho a la igualdad de las mujeres trabajadores.

Así las cosas, el acercamiento jurisprudencial vigente va en contravía del derecho a la igualdad sustantiva como fundamento de las acciones afirmativas para las mujeres y deviene en una carga económica desproporcionada para los empleadores. Por ello, trasladar a estos el deber de solidaridad para proteger a las madres y a los menores de edad

mediante la imposición de los costos de las contribuciones a la seguridad social para efectos del pago de la licencia de maternidad cuando el despido de la trabajadora no se basó en un motivo discriminatorio (o incluso el pago de la totalidad de la prestación económica referida) resulta contrario a la protección de las mujeres en el ámbito laboral como salvaguarda de la posibilidad de ejercicio de su rol reproductivo y, de manera colateral, genera una mayor discriminación.

Al margen de lo anterior, como fue expuesto anteriormente, se debe aclarar que este cambio de jurisprudencia no supone una desprotección para las mujeres gestantes, en la medida en que permanecen bajo la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud. Además, las garantías que se derivan del artículo 43 Superior, entre las cuales figura la especial protección a la mujer embarazada en situación de desempleo mediante el subsidio alimentario, deben ser asumidas por el Estado.

140. Finalmente, la Sala Plena reitera que deben tenerse en cuenta las circunstancias propias del entorno laboral y la dificultad que implica para la mujer gestante la demostración del conocimiento del empleador. Por consiguiente, los jueces deben valorar las posibles evidencias de que el empleador tuvo noticia del estado de gravidez de la trabajadora en el marco del principio de libertad probatoria .

De este modo, es indispensable señalar que no existe una tarifa legal para demostrar que el empleador conocía del estado de embarazo de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros.

7.3. La regla jurisprudencial adoptada en esta decisión: el empleador no debe asumir el pago de cotizaciones a la seguridad social ni el pago de la licencia de maternidad cuando desvincula a la trabajadora sin conocer su estado de embarazo. Corresponde al Estado asumir la protección de las mujeres gestantes cuando se encuentren desamparadas o desempleadas, al tenor del artículo 43 Superior.

141. A partir de la modificación jurisprudencial que la Sala Plena acogerá en la presente providencia, las reglas previamente citadas serán ajustadas del siguiente modo:

7.3.1. Contrato de trabajo a término indefinido. (i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, se mantiene la regla prevista en la Sentencia SU-070 de 2013 . Por consiguiente, se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación . (ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST [332] .

No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.

(iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. 7.3.2. Contrato de trabajo por obra o labor contratada.

(i) Cuando el empleador conoce del estado de gestación de la trabajadora, pueden presentarse dos situaciones: a. Que la desvinculación ocurra antes del vencimiento de la terminación de la obra o labor contratada sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo : En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir . Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

b. Que la desvinculación tenga lugar al vencimiento del contrato y se alegue como una justa causa la terminación de la obra o labor contratada:

En este caso el empleador debe acudir antes de la terminación de la obra ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y las 18 semanas posteriores. No obstante, si dicho funcionario establece que no subsisten las causas que originaron el vínculo, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad.

Si el empleador no acude ante el inspector del 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, valoración que puede efectuarse en sede de tutela.

Adicionalmente, para evitar que se desconozca la regla de acudir al inspector de trabajo, si no se cumple este requisito el empleador puede ser sancionado con el pago de los 60 días de salario previsto en el artículo 239 del C.S.T.

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST [333] .

No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.

(ii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. 7.3.3. Contrato de trabajo a término fijo (i) Cuando el empleador conoce , en desarrollo de esta alternativa laboral, el estado de gestación de la trabajadora pueden tener lugar dos supuestos:

a. Que la desvinculación tenga lugar antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo:

En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero de maternidad y lactancia, consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.

Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación. b. Que la desvinculación ocurra una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:

En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral [334] .

(ii) Cuando existe duda acerca de si el empleador conoce el estado de gestación de la trabajadora, opera la presunción de despido por razón del embarazo consagrada en el numeral 2 del artículo 239 del CST [335] .

No obstante, en todo caso se debe garantizar adecuadamente el derecho de defensa del empleador, pues no hay lugar a responsabilidad objetiva.

(iii) Cuando el empleador no conoce el estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad. Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud.

Así, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral. 7.4. El precedente acogido en esta providencia mantiene el nivel de protección alcanzado para los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes, así como para sus hijos menores de dos años de edad.

142. Finalmente, la Sala Plena constata que el ordenamiento jurídico colombiano dispone de una robusta protección para las mujeres gestantes y lactantes que se encuentren en situaciones de desempleo o debilidad manifiesta, razón por la cual la presente decisión no implica un desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y de sus hijos menores de edad.

En efecto, como se advirtió de forma extensa en la presente providencia, al modificar la interpretación jurisprudencial expuesta, los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud de las mujeres gestantes que fueron desvinculadas sin que el empleador conociera su estado de embarazo no sufrirán ningún perjuicio.

143. Por una parte, si la mujer embarazada se encuentra desempleada puede recibir atención en salud (i) en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional; (ii) mediante el mecanismo de protección al cesante, el cual asumirá el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; (iii) a través del Régimen Subsidiado, en condición de afiliada; y (iv) en todo caso , las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud con cargo a las entidades territoriales, aún si no están afiliados a ningún régimen de salud.

144. Por otro lado, como se advirtió previamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) dispone en sus programas de atención de un subsidio alimentario destinado a las mujeres desempleadas y en condición de debilidad manifiesta . En el marco de esta subvención, las mujeres gestantes y sus hijos menores de dos años reciben un paquete alimentario mensual, que tiene en cuenta la recomendación diaria de calorías y nutrientes de la población colombiana [336] .

De igual modo, la Sala Plena de la Corte Constitucional constató que el subsidio alimentario destinado a las mujeres gestantes o lactantes y a los niños menores de dos años: (i) cuenta con cobertura y alcance nacional; (ii) benefició a 777.612 personas en el año 2016, de las cuales 69.927 fueron mujeres gestantes o lactantes y 58.412 eran niños y niñas menores de dos años;

e (iii) implicó una inversión total de $231.218 millones de pesos [337] . En consecuencia, se evidencia que el subsidio alimentario previsto para las mujeres embarazadas y sus hijos menores de dos años, cuya administración se encuentra en cabeza del ICBF, constituye una medida de política pública que desarrolla la ley y la Constitución Política y, además, ofrece una protección adecuada e idónea para las mujeres gestantes o lactantes en situaciones de desempleo o desamparo.

Así mismo, los mecanismos de protección dispuestos en la Ley 1636 de 2013 y sus decretos reglamentarios ofrecen una garantía para el mínimo vital de las mujeres gestantes desempleadas y establecen una serie de prestaciones económicas que garantizan la dignidad humana y el mínimo vital de las mujeres embarazadas que cumplan con los requisitos para acceder a ellos. Tales beneficios son: (i) el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social; (ii) el reconocimiento de la cuota monetaria del subsidio familiar; y (iii) la entrega de los bonos de alimentación.

145. Aunado a lo anterior, en el marco de lo expuesto en este fallo, las mujeres embarazadas pueden sufragar las cotizaciones al sistema de seguridad social como trabajadoras independientes , de manera que conserven la posibilidad de acceder al pago de la prestación económica de licencia de maternidad. En este sentido, podrían disponer incluso de los recursos provenientes de su liquidación para tal efecto.

En consecuencia, se colige de lo anterior que la licencia de maternidad no es la única prestación económica que garantiza los derechos fundamentales al mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes y de los niños menores de seis meses. En tal sentido, la presente decisión implica que existen otros mecanismos para proteger tales garantías constitucionales.

146. En suma, es claro que el ordenamiento jurídico contempla una serie de mecanismos de protección para garantizar, tanto el derecho a la subsistencia digna de las mujeres gestantes como la prestación continua del servicio de salud para aquellas.

No obstante, a partir de las pruebas recaudadas en sede de revisión, la Sala Plena observa que los mecanismos que ha utilizado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la difusión del subsidio alimentario previsto en el artículo 43 Superior se realiza a través de la página web de la entidad. En este sentido, reconoció que la divulgación a través de los medios de comunicación ha sido general para la estrategia “De Cero a Siempre” , sin que se haya dado promoción específica a la subvención en comento [338] .

Por consiguiente, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (el cual se encuentra vinculado al presente proceso) [339] que fortalezca la difusión y promoción del subsidio alimentario previsto para las mujeres gestantes y lactantes en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993, con el fin de consolidar progresivamente su alcance y cobertura. Para tal efecto, deberá disponer de las medidas necesarias, adecuadas e idóneas para que las mujeres en situación de desempleo y/o debilidad manifiesta conozcan la existencia de esta subvención y puedan acceder a la misma.

8. Solución de los casos concretos 8.1. Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S. (Expediente T-6.240.380) 147. Sandra Milena Rojas Gutiérrez se vinculó laboralmente el 9 de diciembre de 2016 con la empresa de servicios temporales T&S TEMSERVICE S.A.S. mediante contrato por obra o labor determinada para desempeñarse como ingeniera residente de obra.

Durante la vigencia de la relación contractual prestó los servicios en la empresa usuaria Automotores San Jorge. La actora argumentó que el empleador conocía de su estado de gestación, toda vez que informó dicha circunstancia a su jefe

inmediato en la empresa usuaria. No obstante, indica que el día 19 de enero de 2017 se le notificó de la terminación del vínculo laboral mediante una carta con fecha del día anterior. Así mismo, la accionante aporta una copia de la historia clínica correspondiente al 18 de enero de 2017, en la cual se evidencia que asistió a una cita médica en dicha fecha y se comprobó su estado de gestación en tal momento [340] .

Adicionalmente, la tutelante allegó varios documentos que, en su criterio, demuestran que la obra o labor para la cual fue contratada continuó con posterioridad a su despido. Entre los medios probatorios aportados figuran (i) varias fotografías que, de acuerdo con las afirmaciones de la tutelante, pertenecen a la construcción en la cual prestó los servicios la trabajadora; (ii) un escrito en el cual figura un presupuesto de la obra civil en la cual se desarrollaron las funciones establecidas durante la relación laboral; y (iii) un mensaje de correo electrónico en el cual hizo entrega formal de su puesto de trabajo para que estuviera a disposición de un nuevo ingeniero residente.

148. Por su parte, la empresa de servicios temporales accionada manifestó que el despido de la actora no tuvo ninguna relación con su situación de gravidez, pues el requerimiento de personal temporal que fue formulado por la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A. finalizó el día 18 de enero de 2017.

Para demostrar dicha circunstancia, tanto la sociedad usuaria como la empresa de servicios temporales allegaron varios documentos, entre los que figura una una carta firmada por la Jefa Administrativa de Automotores San Jorge S.A. en la cual se solicita “la terminación de la Obra Labor a partir del 18 de enero de 2017 para la Sra. Sandra Milena Rojas Gutiérrez (…) quien culminó el Ciclo I y Ciclo II de la primera Etapa de obra” [341] .

Además, aportaron un listado de los trabajadores en misión de T&S TEMSERVICE S.A.S. a quienes se les terminó el contrato laboral durante el mes de enero de 2017 [342] .

En dicho documento, se relacionan los nombres y documentos de identidad de 15 trabajadores y se indica su fecha de desvinculación. No obstante, no se indica cuál era la labor de dichos empleados en misión en la empresa usuaria.

149. Para la solución del presente caso, la Sala considera pertinente resaltar que la jurisprudencia constitucional ha fijado algunos parámetros para evaluar si el empleador tuvo conocimiento del estado de gestación de la trabajadora desvinculada. Por una parte, en los casos en los cuales la accionante afirma que informó verbalmente acerca de su embarazo, esta Corporación ha analizado en conjunto los distintos medios de prueba que obran en el expediente y la conducta de la parte demandada, con el propósito de establecer si el empleador tuvo conocimiento de la condición de gestante de la trabajadora desvinculada [343] .

Por tanto, ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo, cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por éste permiten inferir tal hecho [344] .

150. En el asunto de la referencia, la Corte Constitucional estima que la empresa accionada conocía acerca del estado de gravidez de la accionante, por las razones que se exponen a continuación:

151. En primer lugar, la empresa accionada no demostró que la causa de terminación del vínculo laboral de la actora fuera efectivamente la finalización de la obra o labor para la cual había sido contratada. En efecto, pese a que aportó una lista de varios trabajadores a quienes supuestamente les fueron culminados sus contratos laborales en el mismo mes, no informó cuál era la función que cada uno de ellos desempeñaba, aspecto que permitiría dilucidar si se trataba de la misma obra que, según la entidad demandada, terminó el 18 de enero de 2017.

Aunado a ello, la demandada no explicó en qué consistía específicamente la obra o labor para la cual fue contratada la accionante ni demostró las razones precisas que pudieran conducir a la Corte a establecer que había concluido precisamente el día que la tutelante conoció acerca de su estado de embarazo. En este sentido, la terminación de la obra o labor contratada no puede determinarse por el simple arbitrio del contratante, sino que debe obedecer a parámetros

objetivos que permitan a las partes de la relación de trabajo establecer con claridad el momento de conclusión del vínculo contractual.

152. En contraste, la accionante presentó varios medios de prueba acerca de la continuidad de la obra o labor que en ningún momento fueron desvirtuados por la empresa de servicios temporales ni por la empresa usuaria, entre los cuales figuran:

(i) fotografías que, según se afirma, pertenecen a la construcción en la cual prestó los servicios la tutelante y fueron tomadas el 21 de octubre de 2017 [345] . Pese a haberse puesto en conocimiento de las partes este medio probatorio, las empresas accionadas omitieron pronunciarse al respecto.

(ii) un documento en el cual aparece un presupuesto de la obra civil en la que desarrolló sus funciones la tutelante. De conformidad con este escrito, para el 10 de enero de 2017 se había ejecutado apenas el 5% del proyecto “Ampliación Automotores San Jorge II Etapa” [346] . Así, aunque el valor total de la obra correspondía a 158.252.361, el monto total ejecutado para dicha fecha era de $8.031.123 [347] .

Pese a haberse puesto en conocimiento de las partes este medio probatorio, las empresas accionadas omitieron pronunciarse al respecto. (iii) un mensaje de correo electrónico en el cual hizo entrega formal de su puesto de trabajo para que estuviera a disposición de un nuevo ingeniero [348] .

Este documento permite a la Sala inferir que, si otro profesional iba a asumir las labores de la accionante, ello indica que la obra o labor contratada persistía. Sobre este medio probatorio no se pronunciaron las empresas accionadas.

153. En segundo lugar, la accionante sostiene que la carta de terminación del contrato de trabajo fue entregada el 19 de enero de 2017 y que informó acerca de su estado de gestación el día anterior, esto es, el 18 de enero. No obstante, dicho documento data precisamente del 18 de enero y fue firmado por dos testigos, debido a que la actora se negó a suscribirla.

En relación con estas afirmaciones, cabe indicar que la parte demandada no las desvirtuó y se limitó a señalar que la accionante elevó una petición en la cual solicitó su reintegro el 24 de enero de 2017. No obstante, en ningún momento se desmintió lo señalado por la actora.

154. Finalmente, la Sala advierte que la breve duración del contrato de la accionante también constituye un indicio del despido discriminatorio, en la medida en que aquella estuvo vinculada únicamente entre el 9 de diciembre de 2016 y el 18 de enero de 2017, tiempo que puede estimarse muy corto en la medida en que la accionante se desempeñaba como ingeniera residente de obra. Sobre el particular, las entidades accionadas nunca explicaron en qué consistían las funciones de la tutelante y las razones por las cuales esas tareas dejaron de ser necesarias en un tiempo inferior a dos meses.

155. En consecuencia, para la Sala obran varios indicios que permiten inferir que la desvinculación no estuvo motivada en la razón que esgrime la entidad demandada, habida cuenta de la continuación de la obra civil de “Ampliación Automotores San Jorge II Etapa” , que fue demostrada por la accionante mediante distintas fotografías y documentos [349] .

Dicho aspecto, además, no fue desvirtuado por la parte demandada. 156. Así las cosas, la Corte estima que las empresas demandadas tuvieron conocimiento de la condición de gestante de la trabajadora y, pese a ello, decidieron despedirla bajo el pretexto de que la obra o labor contratada ya había culminado, aspecto que también resultó desvirtuado en el presente trámite constitucional. Por tanto, esta Corporación concluye que se trató de una desvinculación fundada en motivos discriminatorios .

157. Ahora bien, en cuanto a la aplicación del fuero de maternidad para trabajadoras vinculadas con empresas de servicios temporales bajo la modalidad de contratos por obra o labor, la Corte Constitucional ha precisado que las

medidas destinadas al restablecimiento de los derechos de la trabajadora embarazada que fue desvinculada por su condición de gestante son exigibles tanto a la empresa de servicios temporales como a la empresa usuaria [350] .

En razón de lo anterior, este Tribunal ha establecido que (i) se entenderá que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos tuviera información por cualquier medio acerca de éste la empresa de servicios temporales o la empresa usuaria [351] ; (ii) el reintegro procederá ante la empresa usuaria o ante la empresa de servicios temporales; y (iii) el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir se encuentra a cargo, tanto de la empresa de servicios temporales como de la empresa usuaria.

En relación con esta última regla, es pertinente señalar que en las Sentencias T-862 de 2003 [352] , T-889 de 2005 [353] , T-649 de 2009 [354] , T-876 de 2010 [355] , T-184 de 2012 [356] , SU-070 de 2013 [357] y SU-071 de 2013 [358] la Corte Constitucional ha considerado que tanto la empresa de servicios temporales como la empresa usuaria son responsables de las acreencias laborales originadas en el despido de una mujer embarazada que desconoce el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Particularmente, en las Sentencias T-184 de 2012 [359] , SU-070 de 2013 [360] y SU-071 de 2013 [361] se especificó que se trata de una responsabilidad solidaria entre ambas empresas.

158. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las empresas de servicios temporales y las empresas usuarias responden solidariamente por las acreencias laborales derivadas de las actuaciones irregulares de las EST. Al respecto, dicha autoridad judicial ha señalado que el fundamento legal de la aludida responsabilidad solidaria lo constituye el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral segundo [362] .

159. En razón de lo expuesto anteriormente, la Sala Plena confirmará parcialmente la Sentencia de segunda instancia dictada en el presente asunto y modificará el numeral segundo de dicha providencia, en el sentido de ordenar a la empresa de servicios temporales T&S TEMSERVICE S.A.S y a la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A., de manera solidaria, sufragar los siguientes conceptos: (i) la totalidad de los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el momento en el cual culminó su período de lactancia, con deducción de los valores pagados al momento de la liquidación; y (ii) la indemnización por despido sin autorización de la oficina del trabajo prevista en el numeral tercero del artículo 239 del CST.

En este punto, cabe aclarar que la accionante recibió satisfactoriamente el pago de su licencia de maternidad, por lo cual no cabe ordenar el pago previsto en el numeral 4º del artículo 239 del CST [363] .

8.2. Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (Expediente T-6.318.375)
160. Sandra Liliana Tinoco Ramos se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad accionada a partir del 10 de octubre de 2016. La accionante indicó que el 15 de marzo de 2017 fue notificada de la terminación unilateral del contrato por despido sin justa causa.

No obstante, afirmó que el 29 de marzo de 2017, dos semanas después de la fecha en que culminó la relación laboral, se practicó una prueba de embarazo en un laboratorio clínico, la cual arrojó un resultado positivo. La demandante concluye que, para el momento en que fue despedida, ya se encontraba en estado de gravidez. Añadió que el 10 de abril de 2017, la actora presentó una petición en la cual informó a la accionada acerca de su embarazo y solicitó su reintegro laboral.

161. A partir de la regla jurisprudencial establecida en la presente decisión, en los contratos de trabajo a término indefinido, cuando el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin

perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad.

Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Por otro lado, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.

162. En razón de lo anterior, en la medida en que la propia accionante ha reconocido que para el momento en que fue desvinculada laboralmente de la empresa accionada ella misma no conocía de su estado de embarazo , es claro que el despido no tuvo un fundamento discriminatorio, por lo cual la conducta del empleador fue legítima en el asunto objeto de estudio.

Además, la Sala advierte que entre el momento de la terminación del contrato laboral por despido sin justa causa (15 de marzo de 2017) y el momento en el cual la accionante informó de su estado de gravidez (10 de abril de 2017) transcurrió casi un mes. Por ende, la Sala Plena confirmará la decisión de segunda instancia en cuanto negó la protección de los derechos fundamentales de la actora, por los motivos expuestos en la presente providencia.

8.3. Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (Expediente T-6.645.503) 163. Ángela Sorany Salazar Urrea suscribió un contrato laboral a término indefinido con Almacenes Éxito S.A. desde el 2 de octubre de 2015, para desempeñarse como cajera del almacén Súper Inter Castilla, en la ciudad de Pereira. Tanto la accionante como la entidad accionada coincidieron en que la relación laboral finalizó el 19 de julio de 2017, como resultado de un proceso disciplinario.

No obstante, la tutelante sostuvo que el 10 de agosto de 2017 se practicó una ecografía, la cual determinó la existencia de un embarazo de seis semanas de edad gestacional. Por ende, el 15 de agosto de 2017 presentó una petición a la sociedad mercantil demandada, en la cual informó su estado de gravidez y solicitó su reintegro a su antiguo cargo.

164. A partir de la regla jurisprudencial establecida en la presente decisión, en los contratos de trabajo a término indefinido, cuando el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

Por consiguiente, no se podrá ordenar al empleador que sufrague las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social durante el periodo de gestación, ni que reintegre a la trabajadora desvinculada ni que pague la licencia de maternidad. Sin perjuicio de lo anterior, con el monto correspondiente a su liquidación, la trabajadora podrá realizar las cotizaciones respectivas, de manera independiente, hasta obtener su derecho a la licencia de maternidad.

Así mismo, podrá contar con la protección derivada del subsidio alimentario que otorga el ICBF a las mujeres gestantes y lactantes y afiliarse al Régimen Subsidiado en salud. Por otro lado, para la eventual discusión sobre la configuración de la justa causa, se debe acudir ante el juez ordinario laboral.

165. En razón de lo anterior, en la medida en que la propia accionante ha reconocido que para el momento en que fue desvinculada laboralmente de la empresa accionada ella misma no conocía de su estado de embarazo , y su desvinculación se fundamentó en un proceso disciplinario, es evidente que el despido no tuvo un fundamento discriminatorio, por lo cual la conducta del empleador fue legítima en el asunto objeto de estudio.

Además, la Sala advierte que entre el momento de la terminación del contrato laboral por despido con justa causa (19 de julio de 2017) y el momento en el cual la accionante informó de su estado de gravidez (15 de agosto de 2017) transcurrió casi un mes.

Por último, en caso de que la actora considere que existió alguna irregularidad en el proceso disciplinario que culminó con su desvinculación laboral, puede acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para debatir en dicha sede judicial la

legalidad de su despido. Por todo lo anterior, la Sala Plena confirmará la sentencia de segunda instancia en cuanto negó el amparo impetrado, por los motivos expuestos en la presente providencia.

9. Conclusiones 166. Correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional estudiar tres acciones de tutela presentadas por mujeres embarazadas, quienes consideraban que la terminación unilateral de sus contratos laborales vulneraba sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la igualdad. En todos los casos, los empleadores son empresas privadas que argumentaron que desconocían la condición de gestantes de sus trabajadoras al momento de su desvinculación.

La Corte Constitucional mantuvo el precedente establecido en la Sentencia SU-070 de 2013 en relación con la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas. No obstante, modificó su jurisprudencia respecto de los deberes del empleador cuando desvincula a una trabajadora, por cualquier causa, sin conocer su estado de embarazo. La regla jurisprudencial anterior imponía a los empleadores la obligación de pagar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud hasta el momento del parto y, en algunos casos, la licencia de maternidad.

Sin embargo, la Sala Plena consideró que dicha regla era contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico, porque establecía una carga desproporcionada para el empleador pese a que su actuación no había sido motivada en criterios discriminatorios.

Por ende, concluyó que se desincentivaba la contratación de mujeres en edad reproductiva, lo cual implicaba una mayor discriminación para aquellas en el ámbito laboral.

Así las cosas, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia establecida en la Sentencia SU-070 de 2013. No obstante, estimó necesario modificar el precedente únicamente en los supuestos en los que el empleador no tiene conocimiento del embarazo de la trabajadora al momento de su despido , en los contratos y relaciones laborales subordinadas. De este modo, cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no tiene conocimiento sobre el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada laboralmente.

Adicionalmente, la Corte constató que existen otras medidas vigentes en el ordenamiento jurídico que protegen los derechos a la salud y al mínimo vital de las mujeres gestantes y lactantes y de los hijos a su cargo. En cuanto al primer derecho, señaló que tanto las mujeres embarazadas como los niños menores de un año pueden ser beneficiarios de otro familiar afiliado al Régimen Contributivo y, en todo caso, por disposición del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, deben ser atendidos por el Régimen Subsidiado cuando no cuentan con recursos económicos para acceder al Sistema como cotizantes independientes. En relación con la segunda garantía, estimó que existen diversas alternativas de protección, en particular el subsidio alimentario que se encuentra a cargo del ICBF de conformidad con la Ley 100 de 1993, así como los mecanismos de subsidio al desempleo dispuestos en la Ley 1636 de 2013. De este modo, se desarrolla el artículo 43 Superior, el cual dispone que la mujer “[d]urante 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”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala Plena enfatiza en que existe libertad probatoria para demostrar que el empleador tenía conocimiento acerca del estado de embarazo de la trabajadora. De este modo, es indispensable destacar que no existe una tarifa legal para demostrar que el empleador tenía noticia de la condición de gestante de la trabajadora y se deben evaluar, a partir de la sana crítica, todas las pruebas que se aporten al proceso, entre las cuales pueden enunciarse las testimoniales, documentales, indicios e inferencias, entre otros. Por tanto, en ningún caso debe exigirse que la trabajadora embarazada haya dado aviso expreso o escrito al empleador para que se acredite su conocimiento sobre la condición de gestante.

En consecuencia, en dos de las acciones de tutela analizadas por esta Corporación, se verificó que los empleadores no tenían conocimiento del estado de gestación de las trabajadoras. Así, en el caso de Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (expediente T-6.645.503), se encontró que la accionante fue desvinculada en virtud de un proceso disciplinario y que la empresa supo de su estado de gravidez varias semanas después del despido.

Igualmente, en otro caso el caso de Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (expediente T-6.318.375), tanto la propia actora como la demandada manifestaron que, al momento de la desvinculación laboral, el empleador no tenía información sobre su embarazo.

Finalmente, en el caso de Sandra Milena Rojas Gutiérrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S. (T-6.240.380), la Sala consideró que existía conocimiento del empleador y, por ende, aplicó las reglas previstas en la Sentencia SU-070 de 2013 . En consecuencia, dispuso que la empresa de servicios temporales demandada y la empresa usuaria debían asumir solidariamente el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir, desde el momento del despido hasta cuando culminó el período de lactancia de la trabajadora, así como la indemnización prevista en el artículo 239 del CST.

Por consiguiente, cuando se demuestra en el proceso de tutela que el empleador no conoce acerca del estado de gestación de la trabajadora en el momento del despido, con independencia de que se haya aducido una justa causa, no hay lugar a la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada .

III. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero.

CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de segunda instancia dictada el 24 de abril de 2017 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., en cuanto concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por Sandra Milena Rojas Gutiérrez (Expediente T-6.240.380).

Segundo. ORDENAR a la empresa de servicios temporales T&S TEMSERVICE S.A.S y a la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A., de manera solidaria , que en el término de ocho (8) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, paguen a la accionante: (i) la totalidad de los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el momento en el cual culminó su período de lactancia, con la deducción que corresponda a los dineros que efectivamente se cancelaron a la accionante en la liquidación respectiva; y (ii) la indemnización por despido sin autorización de la oficina del trabajo prevista en el numeral tercero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tercero. DEJAR SIN EFECTOS el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia dictada el 24 de abril de 2017 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. (en el Expediente T-6.240.380), en el cual se abstuvo de pronunciarse acerca del pago de las acreencias laborales dejadas de percibir por la accionante Sandra Milena Rojas Gutiérrez.

Cuarto. CONFIRMAR , pero por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de segunda instancia dictada el 12 de julio de 2017 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia, proferida el 10 de mayo de 2017 por el Juzgado Doce Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

, dentro de la acción de tutela presentada por Sandra Liliana Tinoco Ramos contra Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P. (Expediente T-6.318.375).

Quinto. CONFIRMAR , pero por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de segunda instancia dictada el 16 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago que, a su vez, revocó la decisión de

primera instancia, proferida el 4 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartago , dentro de la acción de tutela presentada por Ángela Sorany Salazar Urrea contra Almacenes Éxito S.A. (Expediente T-6.645.503).

Sexto. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que fortalezca la difusión y promoción del subsidio alimentario previsto para las mujeres gestantes y lactantes en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993, con el fin de consolidar progresivamente su alcance y cobertura. Para tal efecto, deberá disponer de las medidas necesarias, adecuadas e idóneas para que las mujeres en situación de desempleo y/o debilidad manifiesta conozcan la existencia de esta subvención y puedan acceder a la misma.

Séptimo. Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en el sitio web de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO Presidente Con aclaración de voto CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado Con salvamento parcial de voto DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con salvamento parcial de voto LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Magistrado Con salvamento parcial de voto ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado Con salvamento parcial de voto GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Con salvamento parcial de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria Genera SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO A LA SENTENCIA SU-075 DE 2018 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA - Desacuerdo con la valoración probatoria efectuada con el supuesto conocimiento del embarazo por parte el empleador en uno de los expedientes acumulados (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA - La regla jurisprudencial que debía aplicarse es la que corresponde al empleador que termina la relación laboral por terminación de la obra o labor contratada sin tener conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA - De haberse conocido por parte del empleador el estado de embarazo, en el marco de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, la regla fijada en la sentencia SU.070/13 indica que debe verificarse la subsistencia o no de la obra (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Si se hubiera probado que la obra o labor contratada subsistía, la aplicación de la regla jurisprudencial implicaba declarar la renovación del contrato por el tiempo del embarazo y la licencia de maternidad, con el respectivo pago de salarios (Salvamento parcial de voto) CORTE CONSTITUCIONAL- No tiene competencia para imponer una obligación solidaria sin que exista fuente de derecho que la sustente (Salvamento parcial de voto) Referencia :

Expedientes No. T-6.240.380, T-6.318.375, T-6.645.503 Magistrado Ponente : Gloria Stella Ortiz Delgado En atención a la decisión adoptada por la Sala Plena en los Expedientes T-6.240.380, T-6.318.375, T-6.645.503 me permito presentar Salvamento de Voto Parcial. Si bien estoy de acuerdo con la solución dada a los casos de los Expedientes T-6.318.375 y T-6.645.503, en relación con los cuales acompañé la decisión, me aparto de la posición mayoritaria en la fundamentación y decisión correspondientes al Expediente T-6.240.380, por las razones que paso a explicar:

(i) No estoy de acuerdo con la valoración probatoria efectuada en el caso concreto en relación con el supuesto conocimiento del embarazo por parte del empleador. El expediente da cuenta de que la fecha de terminación del contrato de trabajo entre la empresa de servicios temporales T&S TEMSERVICE S.A.S. y la accionante fue el 18 de enero de 2017, tal como lo señala la sentencia en el fundamento jurídico 132. De igual forma, se observa en el expediente una comunicación escrita del 24 de enero de 2017, dirigida por la accionante a la E.S.T., en la cual informa su estado de embarazo, esto es, cuando el contrato de trabajo ya había terminado. Por el contrario, no existe ninguna prueba en el

expediente para controvertir estos hechos. De esta manera, carece de sustento probatorio la asunción de que el empleador conocía del embarazo antes del despido.

(ii) Como consecuencia de ello, la regla jurisprudencial que debía aplicarse al caso concreto es la que corresponde al empleador que termina la relación laboral por terminación de la obra o labor contratada sin tener conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora. Entonces, no debieron imponerse al empleador las consecuencias de un presunto acto discriminatorio que fue desvirtuado con la prueba documental aportada en el proceso.

(iii) Ahora bien, en gracia de discusión, de haberse conocido por parte del empleador el estado de embarazo, en el marco de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, la regla fijada en la Sentencia SU-070 de 2013 indica que debe verificarse la subsistencia o no de la obra. En el caso concreto, la "obra o labor contratada" está definida en el contrato de trabajo y está atada al requerimiento de personal en misión realizado por la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A. Es claro que, en la medida en que la empresa usuaria comunicó la cesación del requerimiento del servicio en misión de la trabajadora, terminó la obra para la cual fue contratada por la E.S.T. En esa medida, la Sala Plena confundió la "obra civil" que estaba adelantando la usuaria con la "obra o labor contratada" que corresponde al contrato de trabajo de la accionante. En este sentido, la obra efectivamente había terminado, y por tanto, no debió ordenarse pago de salarios o prestaciones sociales, como lo dispuso la sentencia.

(iv) De otra parte, si se hubiera probado que la obra o labor contratada subsistía, la aplicación de la regla jurisprudencial implicaba declarar la renovación del contrato por el tiempo del embarazo y la licencia de maternidad, con el respectivo pago de salarios. Sin embargo, en la decisión adoptada por la mayoría se ordena el pago de salarios y prestaciones sociales sin fundamento jurídico alguno. En efecto, si no se declara la ineficacia del despido y en consecuencia se ordena la renovación del contrato o reintegro, no se entiende cuál es el sustento jurídico para ordenar pago de "salarios" y "prestaciones sociales".

Es claro que el derecho a percibir salarios y prestaciones sociales deriva de la existencia de un contrato de trabajo. Si la terminación del contrato de trabajo fue eficaz, y por tanto no se ordenó el reintegro, ¿cuál es el sustento para pagar salarios y prestaciones sociales? La conclusión sería que se hace a título de indemnización o sanción, pero en dado caso, es cuestionable la competencia de la Corte Constitucional para crear e imponer sanciones e indemnizaciones pecuniarias en razón de una controversia laboral, más aún cuando en la misma providencia se impuso también la sanción del Artículo 239 del C.S.T.

(v) Por otra parte, discrepo de la condena en solidaridad que la Corte impone a la empresa usuaria Automotores San Jorge S.A. La teoría de las obligaciones y nuestro Código Civil, en su artículo 1568, señala que las obligaciones solidarias nacen de la ley, el contrato y el testamento, por lo cual la Corte Constitucional no tiene competencia para imponer una obligación solidaria sin que exista fuente de derecho que la sustente. En efecto, la legislación laboral vigente no establece obligaciones solidarias entre las empresas de servicios temporales y las empresas usuarias sobre salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones o sanciones. Tampoco existe evidencia de que en el contrato comercial entre la E.S.T. y la usuaria se hubiera previsto una obligación solidaria semejante.

Atentamente, CARLOS BERNAL PULIDO Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS A LA SENTENCIA SU075/18 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Instrumentos internacionales de protección (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Jurisprudencia constitucional (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- No es posible admitir el retroceso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cambiando el precedente de la SU.070 y SU.071 de 2013, menos aludiendo a argumentos estrictamente

económicos (Salvamento parcial de voto) Referencia: Expediente T-6.240.380 AC Asunto: Estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas cuando se demuestra que el empleador no tuvo conocimiento del estado de gravidez al momento de la desvinculación.

Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO Van a continuación, en breve, las razones por las cuales me separé parcialmente de la decisión mayoritaria, desde cuando empezó el debate en torno al cambio de precedente, pues aunque manifesté mi apoyo a la ponencia y acompañé el amparo dispuesto en relación con uno de los expedientes acumulados, esto es el T-6.240.380, en tanto se ordenó el pago de salarios y prestaciones, no comparto los restantes elementos que modificaron sensiblemente el proyecto.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem Do Para- (1994), la Declaración de la UNESCO sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz (1995), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, al unísono han categorizado a la protección a la maternidad como un derecho humano laboral.

Esto ha implicado impedir materialmente un trato desigual en el empleo a las mujeres por causa de su función reproductiva, preservar la salud de la madre y del hijo, proporcionarle seguridad económica en el empleo y permitir que coexistan sus roles productivos y reproductivos. Tales cometidos se han mantenido incólumes desde hace décadas y se han fortalecido a través de políticas públicas de los Estados, incluso se incorporaron como objetivos del milenio, con énfasis en la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, la reducción de la mortalidad infantil y la erradicación de la pobreza [364] , elementos que deben ser ponderados al momento de resolver las controversias que puedan suscitarse por razón de su aplicación.

En retrospectiva, puede comprobarse, la transformación que las políticas sobre maternidad han tenido, baste indicar que cuando se emitió el Convenio 003 de 1919, tan solo 2 países las acogían y a la fecha, el 56% de los países han implementado la licencia de maternidad a través de los sistemas de seguro social, el 25% lo asume exclusivamente el empleador, el 17% tiene un sistema de responsabilidad mixta, y el porcentaje restante dispone que sea el empleador el que cancele la totalidad de las prestaciones cuando las mujeres no se encuentran cubiertas por el seguro social [365] , esto derruye la tesis según la cual las prestaciones de maternidad restringen per se el acceso al trabajo y por el contrario dan cuenta de que ha sido motor de cambio y de transformación de las relaciones sociales en el trabajo.

Pero no solo por la comprobada hipótesis, realizada con la comparación de la legislación y práctica en 185 países, que da cuenta de que no es posible derivar de la concesión de derechos sociales una restricción a su implementación sino además, por el posterior análisis que se hiciera, entre otros, en el documento “The impact of the economic crisis on family policies in the European Union” [366] , se ha demostrado que ni con la crisis económica que tuvo lugar en el año 2008 se ha conseguido que los países debiliten la política social de protección a la maternidad, y que por el contrario al fortalecerla se ha buscado un efecto contra cíclico al atajar “ el deterioro de las condiciones de vida de estas mujeres y de sus familias, al tiempo que se prestaba apoyo al trabajo de cuidado no remunerado ” [367] .

En efecto se indica que en este último periodo China incrementó la licencia de maternidad; El Salvador aumentó el valor de la licencia y buscó también que se extendiera a los padres, igual que Australia y, en ese sentido “se introdujeron

medidas positivas relativas a licencia de paternidad y licencia parental, destinadas a incrementar los índices de utilización por parte de los hombres "; esto ha propiciado que las responsabilidades familiares no solo se endilguen a la mujer, sino también al hombre, y ha conducido a que las crisis económicas deban ser utilizadas no para el deterioro de los derechos, sino para ampliarlos a través de políticas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Este análisis también se extiende a Colombia, pues desde que entrara en vigor el 20 de junio de 1933 el referido Convenio 003 de 1919, y hasta la fecha, se han robustecido los sistemas de protección social, y se ha ampliado la protección al fuero materno, siendo para ello fundamental la postura que la Corte Constitucional ha mantenido y que ha ampliado progresivamente en relación con la participación de la mujer en el denominado mercado de trabajo, así como sus mecanismos de defensa ante la discriminación en su ingreso y permanencia.

Si se asumiera este debate de derechos sociales, en términos estrictamente económicos –aunque no estime que ese deba ser el norte de un análisis constitucional- esto último debilitaría la tesis según la cual la licencia de maternidad desincentiva la incorporación de la mujer en el empleo formal, pues no solo se ha comprobado que aquella garantía se ha extendido, más aun desde la implementación de políticas de flexiseguridad, sino que además se utiliza como resorte de protección ante la crisis económica, y que al ser compartida con los hombres se ha buscado equilibrar cualquier eventual afectación que recaiga exclusivamente sobre las mujeres [368] .

Incluso, un análisis detenido sobre las actuales estadísticas en torno a la participación de las mujeres, en lo que se ha denominado mercado de trabajo, no trae, como parece entenderse, una tesis concluyente, en orden a demostrar que las prestaciones por maternidad son las que originan tal situación, al punto que en el aparte del proyecto presentado, se alude a que "incluso sin tener hijos o pareja o sin importar el hecho de que viva sola" la mujer tiene serias restricciones para trabajar a cambio de salario, por factores estructurales, en los que se ha asentado el actual sistema de producción, que le ha asignado otras labores, no transables en el mercado, como las de cuidado [369] , lo que implica que, por lo menos, ese argumento no pudiera ser utilizado para la restricción de un derecho humano laboral, como lo es la protección de la maternidad para aquellas que si acceden, menos si se añade a esa disertación que al ser la mujer la que reproduce la vida y por ese camino la fuerza laboral, no es posible que se debiliten sus garantías, ni que se exima a los empleadores de una carga que tiene una dimensión ética, política y jurídica, pues ellos no pueden ser refractarios al contenido del Estado social.

2. Antes de la Sentencia Unificadora SU-070 de 2013 la Corte Constitucional había establecido los parámetros para que fuera efectiva la protección a la maternidad, y había dispuesto el reintegro de la trabajadora, cuando se hubiera terminado la relación laboral, pese a su estado de gravidez [370] .

Específicamente en las determinaciones T-873 de 2006, T-095 de 2008, T-687 de 2008, T-1069 de 2008, T-181 de 2009, T-371 de 2009, T-649 de 2009, T-004 de 2010, T-069 de 2010, T-667 de 2010, T-699 de 2010, T-990 de 2010, T-021 de 2011, T-024 de 2011, T-054 de 2011, T-105 de 2011, T-894 de 2011, T-082 de 2012 y T-126 de 2012, esta Corporación dispuso que debía asignarle al empleador responsabilidades en el fuero materno aun cuando no tuviese conocimiento al momento de terminar la relación y en la referida Sentencia de Unificación se apeló a la necesidad de distinguir tres niveles de protección, entre ellos el débil, por razón del cual, en estos eventos no era plausible el reintegro, pero en cambio sí el pago de las cotizaciones a la seguridad social, para asegurar a la mujer la protección con cargo al sistema general.

Esa postura se nutrió del principio de solidaridad social, que está como valor en la Constitución Política, y como vértice en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y también por la función social que tiene la propiedad privada, a lo que añado que la libertad de empresa no puede oponerse al derecho del trabajo en condiciones dignas y justas, como presupuesto del Estado social, pues si bien es permitido en nuestro ordenamiento jurídico el enriquecimiento con el trabajo de otros, esto

implica un deber correlativo de respeto por los derechos fundamentales de las y los trabajadores que, en este específico aspecto, son los de la protección a la maternidad, en todas las dimensiones que contiene, de manera que, sumado a lo advertido al inicio de mi disenso, al no encontrar mayores elementos de persuasión para el cambio de criterio, estimo que correspondía a la Sala mantener su tesis, por lo menos hasta que el Estado implementara una política de protección a la maternidad, que le habilitara a las mujeres gestantes o lactantes las prestaciones pecuniarias que les permitieran sortear las dificultades propias de carecer de recursos y, a la par, responder por el hijo recién nacido o a punto de nacer.

A mi juicio, como he insistido desde el inicio, las medidas de protección a las mujeres, para conseguir igualdad de oportunidades y trato en el trabajo no pueden declinarse, sobre supuestos no comprobados, menos teniendo a cambio una prolífica estructura jurídica y política que ha permitido ensanchar los derechos de las mujeres [371] y que han resultado exitosas, sin que ello suponga desconocer que todavía hay mucho por hacer.

Por demás, ni las prestaciones por desempleo, ni las de la política "de cero a siempre" previstas en la Ley 1804 de 2016, son suficientes para equilibrar a la mujer que queda sin sustento económico, pues aquellas no protegen la misma contingencia y además no garantizan el ingreso básico, en un momento determinante para la mujer y su familia, de allí que, desde mi óptica, ello corresponda a componentes de asistencia social, pero no tienen la dimensión integral del derecho social de protección a la maternidad.

3. En lo que atañe a cada uno de los expedientes resueltos, estimo necesario indicar, que en lo relacionado con Sandra Milena Rojas Gutierrez contra T&S TEMSERVICE S.A.S., correspondía disponer el reintegro al cargo que ocupaba o a uno de igual o similar categoría, como lo dispone el artículo 239 del CST, porque en el trámite, según se explicó en el proyecto, estaba acreditado lo injusto del despido, en la medida en que la terminación del contrato de obra o labor implica que este subsista hasta que aquella culmine, impidiendo determinaciones intempestivas [372] como la que allí se concretó, de manera que como ese informe verbal coincidió con la comunicación de la trabajadora de su estado de gravidez, surgía desde la doble dimensión, la obligación jurídica de mantener el vínculo, tal como en un primer momento lo contempló el proyecto, esto es manteniéndola en el empleo sin solución de continuidad.

4. Y aunque en un principio estuve por acoger la tesis de que constituía inobservancia objetiva de valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico imputarle al patrono efectos de lo que no conocía (el hecho de la gravidez), e imponérsele una carga, en principio, desproporcionada, una reflexión ponderada sobre los valores que constituyen quinta esencia del interés público, como la solidaridad en torno a la protección de la niñez, la mujer y la familia, me llevan a concluir, sin embargo, que lo que correspondía en los restantes expedientes acumulados, era disponer el pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, de las cuales solo era posible exonerar a los accionados en el evento en que la empresa hubiese tenido la autorización del despido ante el Ministerio de Trabajo, al comprobarse que se incurrió en las justas causas que dispone el ordenamiento laboral, pero como ello no aconteció debe radicársele a los accionados la asunción exclusiva de las referidas cotizaciones, que no implican la continuidad del contrato y de las acreencias que allí emanan.

5. En ninguno de los casos, sin embargo, creo posible admitir el retroceso de la jurisprudencia de esta Corte Constitucional, cambiando el precedente de la SU-079 y SU-071 de 2013, menos aludiendo a argumentos estrictamente económicos, que conducen a la precariedad laboral y que lesionan el contenido de derechos fundamentales que estamos convocados a hacer respetar y proteger.

Fecha ut supra ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA SU075/18 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Con el cambio de precedente se retrocede en equidad de género en el trabajo y en la protección a la maternidad y a la vida del que está por nacer (Salvamento parcial de voto) Se dejó

absolutamente desamparadas a las trabajadoras que quedan embarazadas y no lo saben y a aquellas que, pese a saberlo, optan legítimamente por no divulgarlo. Aunque se encuentren en estado de embarazo, para la mayoría de la Sala Plena, es como si no lo estuvieran, pues ninguna protección constitucional les asistirá. Además, de forma por completo injustificada, la Sentencia ignoró el valor central que el Constituyente confirió a la maternidad y a la vida del que está por nacer, así como el derecho a la igualdad de los niños. Aún más grave, todo lo anterior, a partir de razonamientos con errores lógicos y del empleo de herramientas técnicas sin el debido rigor ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- No se demuestra que la asignación al empleador de cargas económicas por el despido de la trabajadora, cuando no conocía su estado, desestimule la contratación de mujeres (Salvamento parcial de voto) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERIODO DE LACTANCIA- Ninguna mujer merece vivir su maternidad con la convicción de que es un obstáculo para su desarrollo personal y profesional (Salvamento parcial de voto) Lo importante no es lo que dicen los jueces que hacen, lo importante es aquello que realmente hacen en sus sentencias.

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me permito exponer las razones por las cuales, si bien comparto la determinación de amparar los derechos fundamentales en uno de los casos, me aparto de la decisión de negar la protección en los otros dos asuntos analizados y, en especial, del cambio de precedente que se llevó a cabo. En mi opinión, la Sentencia implica un retroceso sustancial de la jurisprudencia de la Corte en materia de garantías a las mujeres trabajadoras. De forma injustificada e insensible hacia su papel constitucional, la posición mayoritaria acabó con una de las protecciones más importantes de quienes han luchado para acceder a un mercado laboral todavía profundamente discriminatorio y que, aun así, toman la valiente decisión de ser madres.

Específicamente disiento del Fallo porque (i) suprime una garantía esencial para la equidad de género, introduce otras formas de discriminación de las mujeres en el trabajo y desconoce el valor que el Constituyente de 1991 reconoció a la maternidad y a la vida del que está por nacer, expresado en la protección a la mujer embarazada. Discrepo de la Sentencia, así mismo, porque (ii) para justificar lo anterior parte de una premisa esencial que no logra demostrar y de una argumentación muy problemática. Por último, me aparto de la mayoría porque (iii) en las consideraciones recurre a argumentos técnicos, a partir de estudios estadísticos y econométricos, pero lo hace sin el debido rigor y, en consecuencia, llega a conclusiones que no se desprenden de las evidencias utilizadas.

(i) La Sentencia retrocede en equidad de género en el trabajo y en la protección a la maternidad y a la vida del que está por nacer 2. La idea de la mayoría de la Sala Plena, de que eliminar una protección a la mujer embarazada genera mayores oportunidades de empleo femenino, parece describir la paradoja de la mamá Pelícano, personaje del “Manual de Zoología Fantástica”, de Jorge Luis Borges.

La mamá ‘Pelícano’ –similar en el nombre al de la fauna real- besaba y acariciaba amorosamente a sus críos, con el noble objetivo de darles cariño y procurar su bienestar, pero su cortante pico y sus afiladas garras les producían a las criaturas heridas fatales y finalmente la muerte [373] . Con la diferencia de que en este caso el desenlace fatal es conscientemente representado, a partir de la supuesta finalidad de fomentar la igualdad en el acceso al empleo femenino, la mayoría de la Sala eliminó una garantía de suma relevancia constitucional para la permanencia de las mujeres y la equidad de género en el trabajo.

3. Para comenzar, la Sentencia emplea dos razonamientos conceptualmente insostenibles. De acuerdo con el primer razonamiento, el fuero de maternidad es esencialmente una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo. En consecuencia, cuando el empleador despide a la trabajadora embarazada, sin conocer su estado, no la discrimina y, por lo tanto, carece de sentido asignarle una responsabilidad mínima de protección. Esta tesis me resulta imposible de acoger.

3.1. La estabilidad laboral reforzada es una garantía jurídica a favor de la mujer embarazada. La mujer embarazada lo está incluso si no ha comunicado su estado al empleador y a pesar de que ella misma no sea consciente de su condición. El embarazo es un estado biológico objetivo, que no depende de su exteriorización, del hecho de hacerlo público y ni siquiera de la conciencia de experimentarlo por parte de la propia mujer. Correlativamente, la prohibición de discriminación y la obligación de protección no pueden depender del conocimiento del empleador. La Constitución prohíbe discriminar a la trabajadora embarazada, no a la trabajadora embarazada que es consciente de su estado y lo ha hecho saber al empleador. Provee una protección objetiva. De ahí que desde siempre la Corte hubiera considerado que el fuero de maternidad solo requería que la mujer hubiera quedado en estado de embarazo en vigencia de la relación laboral [374] .

La prohibición de discriminación no solamente está dirigida a prevenir específicos actos del empleador, motivados en el estado de embarazado de la trabajadora. Tiene más propiamente el sentido, como logro histórico, de que la maternidad sea compatible con el trabajo y sus garantías y la mujer no tenga que resultar excluida de la fuerza laboral. Supone que la trabajadora pueda ser madre y a la vez mantener sus derechos laborales. Por eso, si a pesar de adquirir la condición mientras se hallaba trabajando, la mujer embarazada puede ser despojada de la protección especial a que tiene derecho, como resulta avalado en la Sentencia, se le discrimina en un momento crucial para la salud y el bienestar de ella misma y del niño que está por nacer.

3.1.1. Ahora, al someter la protección mínima de la estabilidad laboral reforzada al hecho de que el empleador tenga conocimiento del estado de embarazo, la Sentencia acentúa la situación de discriminación y menoscaba otros derechos de las mujeres en el ámbito laboral.

De un lado, se ignora el hecho conocido de que el estado de embarazo no siempre es diagnosticable médicamente en el mismo momento en que comienza. Pese a que esto sea así, es innegable que la Constitución protege a la mujer embarazada desde el principio, no únicamente desde el instante en que, a través de una prueba científica, su gravidez pueda ser determinada. El Fallo ignora situaciones elementales como la indicada y, como consecuencia, desampara la trabajadora gestante, cuando se halle ante la imposibilidad de conocer y demostrar su propia condición.

3.1.2. De otro lado, la Sentencia lleva a cabo una intromisión severa en los derechos a la intimidad, a la autonomía y a la dignidad de la mujer. La trabajadora, por diversas circunstancias, puede no querer comunicar al empleador o hacer público su estado de embarazo. De hecho, en muchos casos puede preferir no hacerlo precisamente para prevenir actos discriminatorios de diferente índole, dentro y fuera de su entorno laboral, o simplemente con el fin de resguardar por un tiempo su propia intimidad. En estas condiciones, la posibilidad de optar por no divulgar su estado debe ser celosamente garantizada, pues ello hace parte de su autodeterminación y de su dignidad. Sin embargo, el criterio adoptado por la mayoría la obliga a revelar tempranamente su condición, pues de lo contrario quedará completamente desamparada en caso de despido.

3.2. La Sentencia suprime una faceta de la estabilidad laboral reforzada, a partir de un segundo razonamiento insostenible. Afirma que si bien es cierto esta garantía se ha fundado en la salvaguarda al mínimo vital, a la vida del que está por nacer, en la relevancia de la familia en la Constitución y en la prohibición de discriminación, estos cuatro fundamentos están “ relacionados de forma inescindible y se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo ”. Por esta razón, no tendría sustento la carga económica al empleador que termina la relación laboral sin conocer la situación de la trabajadora. La justificación de este punto de vista es que históricamente el fuero de maternidad tuvo el sentido de prevenir y erradicar la discriminación que se producía (y se produce) para las mujeres en el trabajo, cuando asumen el rol reproductivo.

Nada que controvertir sobre el origen histórico del fuero de maternidad, pues además el Fallo muestra la evolución de la legislación sobre la materia. Sin embargo, además de que el propio principio de no discriminación por razón de género, como se indicó, no impedía asignar al empleador una carga económica de salvaguarda a favor de la mujer, el hecho de que el surgimiento de la protección jurídica a la madre trabajadora haya tenido el referido fundamento no constituye una razón para que no pueda existir una protección normativa sustentada en otro(s) fundamento(s) constitucional(es). En este punto la argumentación incurre en el conocido error lógico de sostener que de lo que " es " se sigue lo que " debe ser ".

Así mismo, la tesis es débil en la medida en que si, como fundamentos de la estabilidad laboral reforzada, las protecciones al mínimo vital, a la vida del que está por nacer y a la familia se encuentran inescindiblemente ligadas a la prohibición de no discriminación en el trabajo, esto semánticamente solo puede significar que tales tres fundamentos son inseparables o tienen, por ejemplo, relaciones de interdependencia con el principio de igualdad en el trabajo. El sentido de esa inescindibilidad no puede implicar que aquellos se reduzcan, desaparezcan o sean conceptualmente indistinguibles del principio de no discriminación. Sin embargo, es exactamente esto lo que resulta de la Sentencia, pues la mayoría termina por concluir que, " más allá de la protección a la vida y la relevancia de la familia en el orden constitucional ", el fuero de maternidad es una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo. De este modo, mediante un argumento problemático, el Fallo abandonó una fundamentación sólida y que, a partir de una interpretación sistemática de varios preceptos constitucionales, la Corte había reconocido a la trabajadora embarazada.

4. Es fundamental subrayar que con el cambio de precedente efectuado, precisamente, la mayoría también dejó de lado, en el plano de las garantías a la mujer trabajadora, el valor que el Constituyente confirió a la maternidad y a la vida del que está por nacer. En el informe de ponencia para Primer Debate en Plenaria, sobre los derechos de la mujer, en la Asamblea Nacional Constituyente, se indicó:

" La mujer como gestadora de vida, cumple una función vital para el género humano. Esta condición, que por siglos la colocó en una situación de inferioridad –aun cuando por esta acción pone en peligro su vida, ya que los problemas del embarazo, parto y posparto son en alto grado causa de mortalidad- debe servir para enaltecerla. Es indispensable, entonces, proteger a la mujer desde la infancia y prodigarle los cuidados que requiere para que pueda realizarse como individuo… De este modo, debe brindársele todo tipo de atenciones, no solo en el campo de la salud, sino también en el aspecto educativo y nutricional, porque está comprobado que de su salud física y mental, de su educación y de su estabilidad económica y emocional depende el acto sublime de dar y preservar la vida y, en últimas, la calidad de la especie humana… De otra parte, es un error privar a la mujer embarazada «del derecho a trabajar», pues con una ocupación ella asegura sus medios de subsistencia, lo del ser que está por nacer y los de todas las personas que se encuentra a su cargo (…) [375] " De acuerdo con lo anterior, el Constituyente entendió el sentido y el papel de la maternidad para el ser humano, la sociedad y la organización política.

Comprendió que es parte y garantía misma de la subsistencia de la persona y las agrupaciones humanas. Así, reconoció el valor de la mujer que, obviamente sin estar ligado solo a la reproducción, alcanza en esta faceta un carácter particularmente especial, por la relación única e insustituible de la condición femenina con la posibilidad de la vida humana. Captó también el Constituyente la paradoja, según la cual, pese al lugar esencial que ocupa y a los costos que asume con la maternidad, la mujer estuvo por siglos condenada a la exclusión, a la discriminación y al sometimiento. Sobre esta base, aceptó la obligación estatal de reconocer su situación histórica y reivindicar su dignidad.

El Constituye subrayó la obligación de protección de la mujer en general y de la trabajadora gestante en particular. Sostuvo la necesidad de garantizarle las condiciones para su desarrollo y de asegurarle todas las atenciones necesarias en el plano de la salud, de la educación y la nutrición, de proveerle estabilidad económica y no privarla, en medio del embarazo, de los medios de subsistencia mínimos derivados del empleo. De esta manera, desde la Asamblea Nacional

Constituyente, se concibió que la maternidad implicaba un conjunto de obligaciones estatales de salvaguarda y protección para la mujer, en razón de su carácter fundamental para la sociedad y el Estado.

Pese a lo anterior, la mayoría de la Sala ignoró los mandatos constitucionales en que se plasmaron los contenidos explicados y condenó a un relevante grupo de mujeres, una vez más, al desamparo.

5. Observo también que la Sentencia acarrea una consecuencia lamentable para los derechos de los niños. Dado que las mujeres que conocieron e hicieron saber oportunamente de su embarazo al empleador gozarán de seguridad en el empleo, mientras que aquellas que no eran conscientes de su estado o no lo informaron antes del despido no contarán con ninguna protección jurídica, los descendientes de estas últimas se encontrarán en un estado de desigualdad en relación con los hijos de las primeras. Estos gozarán de los beneficios que provee para su madre el empleo, a nivel de condiciones de subsistencia, de un servicio de salud adecuado y de un sustento económico frente a las contingencias. Por el contrario, a partir de un elemento completamente accidental, los niños de las mujeres que no tuvieron derecho a ninguna prestación derivada de la estabilidad reforzada, se les someterá a circunstancias de vulnerabilidad y a los riesgos propios de la falta de empleo y de una prestación mínima para la madre, que garantice un embarazo y lactancia tranquilos.

La Constitución protege los derechos fundamentales de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, a la recreación y la libre expresión de su opinión. Así mismo, consagra que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Además, prevé que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Sin embargo, de nada vale el amparo especial que la Constitución obliga a proporcionar al niño, por parte de la sociedad, el Estado y la familia, si al mismo tiempo, ni siquiera en virtud del principio de solidaridad, la mayoría de la Sala reconoció que la Constitución obligaba a unas salvaguardas mínimas de la mujer embarazada, que asegurara la protección de los recién nacidos en condiciones de igualdad.

6. Ahora bien, con el objetivo de minimizar sus impactos, la decisión expone una serie de medidas dirigidas a demostrar que las trabajadoras afectadas con el Fallo y sus hijos no quedan desprotegidos [376] .

Discrepo de este planteamiento, pues tales medidas no tienen ningún parecido ni una eficacia mínimamente similar a la de una garantía jurídica como la que se eliminó. En particular, pierden de vista el sentido fundamental de las protecciones legales a la maternidad de la trabajadora.

El Fallo indica que la mujer embarazada que ha quedado desempleada puede recibir atención en salud (i) en el Régimen Contributivo como beneficiaria o afiliada adicional; (ii) mediante el mecanismo de protección al cesante, el cual asumirá el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; (iii) a través del Régimen Subsidiado, en condición de afiliada; y afirma que (iv) en todo caso, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia y sus hijos deben ser atendidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud con cargo a las entidades territoriales, aún si no están afiliados a ningún régimen de salud.

Así mismo, advierte que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- dispone en sus programas de atención de un subsidio alimentario destinado a las mujeres desempleadas y en condición de debilidad manifiesta. Además, la mayoría de la Sala sostiene que, con el producto de su liquidación, las mujeres embarazadas pueden sufragar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social como trabajadoras independientes, de manera que conserven la posibilidad de acceder al pago de la prestación económica de licencia de maternidad. En mi criterio, ninguno de los anteriores mecanismos tiene la misma eficacia para la protección a la mujer embarazada que la regla que la mayoría de la Sala Plena eliminó.

Comparto lo señalado en la Sentencia C-005 de 2017 [377] , donde ya se habían analizado parcialmente algunos de tales argumentos. Afirmar que la mujer puede ser beneficiaria en el Sistema de Salud, de su cónyuge o compañero(a), de otro familiar o ser atendida en el régimen subsidiado, diseñado para población de bajos recursos, no vinculada, ignora que el sentido, la protección y el valor que el Constituyente confirió a la maternidad, va mucho más allá de que la mujer sea atendida en el Sistema de Salud. La llegada de un nuevo ser para quien asume su gestación en solitario o para la familia es un episodio muy relevante en la vida de quienes lo esperan, que involucra innegables componentes emocionales [378] y en el cual es fundamental la tranquilidad de contar con atención oportuna y continua en salud, pero también con la garantía de una licencia que permita la adecuada recuperación de la madre y la posibilidad de que el recién nacido disfrute del cuidado, el amor, la protección y la crianza de sus padres en sus primeros meses de vida (Art. 44 de la C.P.).

De otra parte, mecanismos como la protección al cesante, que buscan incrementar y promover el empleo tienen importancia social, pero no están pensados para la oportuna y eficaz protección de la pluralidad de bienes constitucionales específicos que se salvaguardan mediante la estabilidad laboral reforzada, en la modalidad establecida en la regla eliminada [379] .

Esta garantizaba, como mínimo, la seguridad social en condiciones adecuadas y oportunas y los importantes beneficios de una licencia de maternidad. Ello no es sustituible con un apoyo institucional en la búsqueda de empleo, en la capacitación para el acceso al empleo o con una estrategia de mitigación de los efectos del desempleo, sometidos a un trámite y cuyo reconocimiento está sometido a requisitos y procedimientos especiales (Arts. 12 y s.s. de la Ley 1636 de 2013 y Arts. 46 y s.s. del Decreto 2852 de 2013) [380] .

Además, debe tenerse en cuenta que en el marco del mecanismo de protección al cesante, el pago de las prestaciones económicas depende en todo caso de la disponibilidad de recursos del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante, atendiendo el principio de sostenibilidad establecido en el artículo 4º de la Ley 1636 de 2013 (parágrafo 1º del artículo 53 del Decreto 2852 de 2013).

Por último, no se puede desconocer que el programa de subsidio alimentario del ICBF constituye la proyección de una política pública plausible. Sin embargo, como se ha dicho, la gestación y el nacimiento de un bebé no demandan solamente prestaciones sociales aisladas sino una protección robusta e integral, como la que se deriva de la garantía jurídica de la licencia de maternidad. Además, considerar que la empleada embarazada no queda desprotegida con el cambio de precedente porque con el producto de su liquidación puede sufragar las cotizaciones como trabajadora independiente, de manera que conserva la posibilidad de acceder al pago de la prestación económica de licencia de maternidad, es desconocer el funcionamiento de las relaciones subordinadas en la práctica, además de un agravio simbólico a la mujer, luego de habérsele suprimido un derecho que la Constitución le reconocía.

De un lado, el valor de la liquidación de la trabajadora despedida depende del tiempo laborado y es incierto que el monto sea suficiente a fin de cubrir las cotizaciones requeridas para acceder a la licencia de maternidad. De otro lado, es sabido que en la realidad muchas veces las trabajadoras se ven obligadas a reclamar el pago de sus acreencias por la vía judicial, con todos los costos económicos y el tiempo que ello genera, de manera que la empleada desvinculada bien puede incluso culminar su embarazo sin haber obtenido lo que le corresponde.

No es por ello tampoco una forma de amparo eficaz y oportuno. 7. La regla que asignaba al empleador, si no conocía la gravidez de la trabajadora al despedirla, como mínimo el deber de sufragar las cotizaciones a seguridad social, con el fin de que esta pudiera gozar de la licencia de maternidad, y otras prestaciones según el tipo de contrato laboral y la invocación, o no, de justa causa para el despido, tenía pleno respaldo constitucional, como he argumentado en precedencia. Pese a esto, en las deliberaciones que condujeron a la adopción de la Sentencia admití que tampoco era inmodificable y que, en virtud de que el Estado directamente tiene también una obligación constitucional de protección

(Art. 43 de la C.P.), podrían evaluarse las condiciones en que, por ejemplo, se dieran avisos de oportunidad para que, tanto el Legislador como el Gobierno, pudiesen reaccionar eficazmente al cambio de precedente.

Lo anterior, con el propósito de que no se acabara intempestivamente con la regla en mención y se dejara desamparado a un importante grupo de mujeres. Sin embargo, la mayoría optó por terminar una garantía constitucional valiosa, sin una justificación suficiente y con una argumentación muy riesgosa para los propios derechos de quienes aparentemente dice proteger. Uno de los problemas más graves de la Sentencia de la que me aparto, en efecto, es que produjo los impactos a los que me he referido, con base en un punto de partida no demostrado y mediante el uso de elementos técnicos sin el debido rigor. En las siguientes dos secciones desarrollo estas observaciones.

(ii) La premisa básica que el Fallo no demuestra 8. La Sentencia intenta demostrar que la subregla, según la cual, el empleador que despide a la trabajadora embarazada, aun sin conocer su estado, debe asumir una elemental responsabilidad, ha ocasionado discriminación en el acceso al empleo de las propias mujeres. Esto justificaría la supresión de dicha protección, con el objetivo de generar mayores oportunidades de empleo femenino. El Fallo, sin embargo, no consigue demostrar que esa subregla tenga los efectos prácticos que le atribuye.

8.1. La decisión inicialmente reconoce que la jurisprudencia de la Corte ha fundamentado la estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada en:

(i) su derecho a recibir una especial protección durante la maternidad, (ii) la protección contra la discriminación en el ámbito laboral, (iii) el amparo del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida del que está por nacer , y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional . Sin embargo, como se indicó, la mayoría afirma que estos cuatro fundamentos están “ relacionados de forma inescindible y se han estructurado históricamente a partir de la salvaguarda del derecho a la igualdad de las mujeres en el trabajo ”. Por esta razón, sostiene que “ más allá de la protección a la vida y la relevancia de la familia en el orden constitucional ”, el fuero de maternidad es una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo.

A partir de lo anterior, el Fallo advierte que la regla hasta ahora vigente, según la cual, el empleador que despide a la trabajadora embarazada, aun sin conocer su estado, debe asumir una responsabilidad mínima, supone una c arga económica fundada en el principio de solidaridad, no una acción afirmativa destinada a la eliminación de la discriminación.

Esto, en su criterio, “ genera que la presencia de aquellas (las mujeres) en la fuerza laboral sea demasiado costosa y que los empleadores no quieran asumir su contratación ”. Como consecuencia, la mayoría defiende la tesis de que la referida regla “ fomenta una mayor discriminación para las mujeres” en el acceso al empleo y por ende debe ser abandonada .

En otros términos, la regla diseñada para proteger a las mujeres es contraproducente porque ocasiona demasiados costos a los empleadores y, por ende, desempleo a quienes pretende beneficiar. Enseguida, la Sentencia emprende la tarea de demostrar empíricamente, mediante estadísticas, que la dicha protección a la maternidad tiene en efecto tales resultados inconstitucionales en la práctica.

8.2. De acuerdo con las estadísticas que cita la Sentencia (i) existe a nivel mundial una brecha entre hombres y mujeres, con desventaja de estas últimas, en materia de acceso al mercado laboral;

(ii) en Colombia, entre 2017 y 2018, la tasa de desempleo para hombres fue 7,3% mientras que para las mujeres fue 12,5%; (iii) en Bogotá, entre 2007 y 2015, las mujeres participaron del mercado laboral solo en un 65% frente al 78,3% de participación de los hombres;

(iv) a nivel nacional, entre 2009 y 2013, la mayoría de la población desempleada perteneció al grupo de mujeres de alta fertilidad (72%), mientras que en la empleada la mayoría de los trabajadores informales o que recurren al autoempleo

pertenecen al grupo de baja fertilidad (56% y 65%, respectivamente).

La Sentencia también enfatiza en literatura que afirma que los costos para el sector laboral de emplear a mujeres en edad reproductiva son mayores que para los hombres, de modo que se vuelve una preferencia no emplear mujeres en esa categoría para no tener que asumir el pago de los beneficios establecidos para las mujeres en embarazo. En particular, la licencia de maternidad y otras protecciones legales para la trabajadora en estado de embarazo harían que la tensión entre maternidad y trabajo se distribuya inequitativamente entre hombres y mujeres y que se limiten las oportunidades y autonomía económica de estas últimas. Así mismo, habría diversos tipos de costos asociados a la maternidad para las empresas que vinculan mujeres, todo lo cual desestimularía su contratación y generaría barreras para su acceso al empleo.

9. La lectura de las estadísticas y el uso de la información técnica que lleva a cabo la providencia presentan varias imprecisiones, como se indicará más adelante (ver sección iii). Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptaran, ellas tampoco aportarían nada para la demostración de que la regla jurisprudencial que se abandonó genera discriminación para las mujeres en el acceso al empleo. Esto ocurre elementalmente porque no contienen información alguna sobre esa conclusión, de manera que ningún aspecto de ella pueden probar. En otros términos, de los estudios técnicos relacionados en el Fallo no se sigue la conclusión que se pretende evidenciar.

En efecto, si se admite que, conforme a los estudios, la existencia de una desigualdad importante en el acceso a puestos de trabajo entre hombres y mujeres con desventaja para las primeras y, además, que la población de mujeres que se encuentra en edad fértil sufre las mayores tasas de desocupación, solo esto resulta acreditado. No resulta probado que en esa conclusión tenga alguna incidencia el hecho de que el empleador haya (o no) conocido el estado de gestación de la trabajadora embarazada.

Las evidencias muestran que la licencia de maternidad y la protección contra el despido a la mujer embarazada, en razón de los sobrecostos, implican un desincentivo para la contratación de las mujeres en edad reproductiva. Sin embargo, nada dicen sobre si la asignación al empleador de cargas económicas por el despido de la trabajadora embarazada, en aquellos eventos en los cuales no ha conocido su gravidez, desestimula la contratación de mujeres. De este modo, si se acepta la interpretación de los datos que hace la Sentencia, al momento de la contratación los empleadores evalúan los “ riesgos económicos ” asociados a la probabilidad de embarazo de la mujer en edad reproductiva, no la posibilidad de enterarse, o no, de la gravidez de la empleada antes del despido, como lo afirma el fallo.

De esta manera, no corresponde a la realidad la afirmación de la Sentencia, según la cual, “ los datos anteriormente presentados … permiten concluir que cuando se imponen medidas que generan una afectación desproporcionada para los empleadores y que no garantizan el acceso de las mujeres al mercado laboral —dado que se fundamentan únicamente en el principio de solidaridad, en lugar de basarse en la prevención y erradicación de la discriminación—, la consecuencia es que se desincentiva la contratación de mujeres… ” Como efecto de lo anterior, en realidad no existe la evidencia que requería el Fallo para justificar el cambio de precedente, pues no se observa de qué forma la regla modificada tiene efectos contrarios al derecho a la igualdad.

10. Ahora bien, más allá de que los estudios utilizados no contienen información sobre lo que se pretendía probar, en la decisión se defiende la idea más general de que las mujeres tienen mayores obstáculos que los hombres para acceder a un puesto de trabajo, a causa de las protecciones legales a la maternidad. Me parece ciertamente una evidencia que el desempleo femenino en Colombia es sustancialmente mayor que el masculino y, por lo tanto, que hay allí un problema de género que debe ser analizado [381] . Mucho más discutible resulta que la causa esencial de ello sea el conjunto de garantías jurídicas a la trabajadora embarazada.

El Fallo cita algunas afirmaciones de artículos publicados por el Banco de la República y el BID en el texto “ Desempleo femenino en Colombia ” [382] . Dejando a salvo el hecho de que exclusivamente un texto no puede constituir el sustento para un cambio de precedente constitucional, las referencias de la Sentencia son tomadas de forma aislada y se omiten los resultados principales que arrojan tales investigaciones. Para comenzar, como orientación metodológica, el libro referenciado parte (y muestra) que en el desempleo que afecta a las mujeres y en su brecha respecto del de los hombres influyen variables de carácter local, dadas las diferencias de las mujeres de unas regiones a otras, así como las características culturales y económicas de las distintas ciudades. De esta forma, los mercados laborales de las ciudades en el país serían muy heterogéneos. Esto podría conducir, a mi juicio, a dificultades para obtener conclusiones demasiado globales sobre las causas del desempleo femenino.

A continuación, los estudios muestran los siguientes hallazgos. A partir de las encuestas nacionales de hogares del DANE, período 2008-2013, uno de los trabajos analiza cuál es la población de mujeres más afectadas laboralmente [383] .

Los autores destacan que las mujeres que no han tenido la oportunidad de acceder a la educación superior representan el grupo con mayores problemas en el mercado de trabajo. Dentro de la población de 18 a 55 años, constituyen la mayor tasa de inactividad respecto de mujeres con educación superior, hombres con educación superior y hombres sin educación superior. En relación con la población económicamente activa, representan el menor empleo asalariado, el mayor empleo no asalariado y la tasa de desempleo más alta. A su vez, las “ mujeres cónyuges ”, sobre todo cuando tienen hijos menores, experimentan una probabilidad mayor de permanecer en la inactividad y en el desempleo y una menor de conseguir trabajos asalariados [384] .

Una vez identificado lo anterior, otras investigaciones de la publicación se ocupan de las causas del desempleo femenino. Un trabajo, referenciado también en la Sentencia, muestra que la extensión de la licencia de maternidad realizada en la Ley 1468 de 2011 ha hecho que las mujeres en el grupo de alta fertilidad participen ahora menos del mercado laboral y se ocupen más en el sector informal [385] .

Sus autoras, sin embargo, constatan que la reforma no ha traído consecuencias relevantes en términos estrictos de desempleo [386] . Otro de los capítulos estudia datos de 16 ciudades y áreas metropolitanas principales para el año 2013 y concluye que los factores más relevantes en el desempleo femenino son las características individuales de las mujeres, las condiciones de sus familias y las características de los municipios y distritos [387] .

De este modo, se muestra que si una mujer ha decidido participar en el mercado laboral, la probabilidad de que se encuentre desempleada es mayor si es casada y si tiene a su cargo hijos menores de 2 años. El manejo del hogar y el cuidado de los hijos, se resalta, restringen las alternativas laborales de las mujeres, lo que se refleja no solo en la decisión de participación laboral sino también en la probabilidad de desempleo [388] .

Adicionalmente, se encuentra que el tamaño de los mercados locales tiene un efecto importante tanto sobre la probabilidad de desempleo como sobre la duración de la búsqueda de empleo, de forma que entre más grande sea la economía de la ciudad menos tiempo tardan las mujeres en encontrar un puesto de trabajo [389] .

Uno de los estudios agrupa las 21 ciudades principales del país en cuatro grandes regiones, con similitud entre las localidades reunidas en cada conjunto, con el fin de explicar la forma en que influyen las diferencias regionales en la brecha de desempleo entre mujeres y hombres [390] .

Como resultado, se evidencia que las condiciones familiares inciden de forma semejante en las cuatro macrorregiones. En este sentido, los autores revelan que las mujeres jefas de hogar, las casadas y aquellas con niños hasta de 10 años de edad tienen mayor probabilidad de desempleo que los hombres en idénticas condiciones [391] .

Desde otra perspectiva, un artículo encontró que en los vecindarios de Medellín la disponibilidad de fuentes de trabajo cercanas a los hogares está íntimamente ligada a la posibilidad de menor desempleo de las mujeres, en especial de las de escasos recursos [392] .

En este se muestra que para las madres casadas y las que no tienen hijos, de los vecindarios de ingresos más bajos, que deciden trabajar, tener más fuentes de empleo reduce bastante la probabilidad de desempleo. En el mismo sentido, se deja evidenciado que la mayor proporción de fuentes de trabajo induce a mujeres con hijos a trabajar más horas [393] .

Por último, uno de los capítulos [394] identificó que la existencia de centros de cuidado infantil, que atienden sin costo, 8 horas diarias, 5 días a la semana a menores de cinco años de edad, en vecindarios de bajos ingresos, aumenta la probabilidad de que las mujeres con niños estén dispuestas a trabajar [395] .

En este orden de ideas, el desempleo femenino en Colombia es un fenómeno complejo, dependiente de varios factores, que demanda un análisis también más amplio. Ninguno de los trabajos publicados en el libro encontró que las protecciones legales a la trabajadora embarazada sean la causa principal del fenómeno. Esto no quiere decir, por supuesto, que no constituyan un factor relevante y que no pueda resultar representativo en otras investigaciones, quizá más concentradas en tales aspectos. En todo caso, elementos como el estado civil de la mujer, su situación familiar, el hecho de tener hijos, particularmente de primeras edades, la no cercanía a su domicilio de puestos de trabajo o la ausencia de facilidades para que sus niños sean cuidados a bajos costos mientras laboran, se plantean como los factores más recurrentes para explicar el desempleo femenino.

11. Con independencia de lo anterior, lo que está claro es que no existe la evidencia con la que afirmaba contar el Fallo, pues no se observa específicamente que la asignación al empleador de cargas económicas por el despido de la trabajadora embarazada, cuando no conocía su estado, desestimule la contratación de mujeres y fomente su desempleo. Por lo tanto, la Sentencia de forma injustificada suprime una de las protecciones hasta ahora existentes a la maternidad, sin que pueda asegurarse que ello genere más empleo para las mujeres. En este sentido, el empleador es el verdadero beneficiado con la decisión, pues sus costos se disminuyen, sin que exista certeza de que esto cree como correlato mayores oportunidades y mayor igualdad de género en el acceso al empleo de las mujeres.

(iii) El uso inadecuado de los argumentos de carácter técnico 12. Considero que la fundamentación del cambio de un precedente con base en estadísticas debe ser sumamente cuidadosa, pues la responsabilidad de la decisión depende en gran manera del uso adecuado de tales herramientas técnicas y de la correcta lectura de la evidencia empírica. En tal sentido, advierto con preocupación una serie de imprecisiones en la interpretación de los datos sobre el mercado laboral. Esto se debe principalmente a que se mezclan conceptos económicos con el fin de apoyar algunas conclusiones, lo cual distorsiona la verdadera información disponible. A continuación se indican algunos conceptos técnicos que permitirán luego identificar las referidas inconsistencias.

Población en Edad de Trabajar (PET) Es el total de personas que se encuentra en edad productiva o edad de trabajar, según el DANE, personas mayores de 12 años en zonas urbanas y de 10 años en zonas rurales.

Esta población se divide en población económicamente activa y económicamente inactiva. Población Económicamente Activa (PEA) También se le llama fuerza laboral y está conformada por las personas en edad de trabajar que trabajan o están buscando empleo.

Población empleada u ocupada Personas que trabajan o ejercen una actividad productiva . Población desempleada o desocupada (DS) Personas que están buscando trabajo .

Tasa de Participación en el Mercado Laboral Es la relación porcentual entre la población económicamente activa y la población en edad de trabajar:

En otras palabras, presenta la proporción de personas en edad de trabajar, que efectivamente trabaja o está buscando empleo. Tasa de desempleo Es la relación porcentual entre el número de personas que están buscando trabajo y el número de personas que integran la fuerza laboral:

En otras palabras, presenta la proporción de personas de la población económicamente activa que busca empleo y no lo ha encontrado. Fuente: DANE [396] .

Elaboración propia. De manera general, la Sentencia hace con frecuencia un uso indistinto de los conceptos de “ participación en el mercado laboral ” y “ empleo ”. Sin embargo, como se indica en el cuadro anterior, la tasa de participación se refiere a la proporción de la población que está en edad de trabajar y hace parte del mercado laboral, es decir, de personas que tienen empleo o que no lo tienen pero que buscan un puesto de trabajo. De otro lado, la tasa de desempleo es la relación porcentual entre el número de personas que buscan un trabajo y el total de la población que participa en el mercado laboral. De esta forma, existe una diferencia sustancial entre una persona que no participa en el mercado laboral y una persona desempleada, pues la primera no tiene un puesto de trabajo y tampoco busca tenerlo, en contraste con la segunda, quien pretende hallar un empleo pero no ha logrado encontrarlo.

Por lo tanto, si bien los indicadores de participación laboral y empleo hacen parte de los parámetros que facilitan la comprensión del mercado laboral, se refieren a fenómenos diferentes que son determinados por distintas variables. Piénsese, hipotéticamente, en el caso de una mujer que decide no hacer parte del mercado de trabajo, pero que las razones para esa determinación son de diversa índole (sociales, culturales, económicas). Tal podría ser el caso de una persona que decide no ubicarse en un puesto de trabajo con el fin de cuidar de algún miembro del hogar o porque no requiere de ingresos, pues tiene la posibilidad de no emplearse por un tiempo.

Diferentes son las razones que afectan el desempleo , dado que este es un fenómeno económico en donde existe una sobreoferta de mano de obra o fuerza laboral que no está siendo demandada por los empleadores. El desempleo se encuentra influenciado directamente por factores como los costos asociados a la contratación laboral y a las preferencias de los empleadores, entre otros, conforme a los respectivos sectores productivos. De este modo, por ejemplo, una persona con poca experiencia y bajo nivel de escolaridad puede tener dificultades para acceder a un puesto de trabajo, porque las preferencias de los empleadores no le favorecen.

En los anteriores términos, si los datos estadísticos señalan que hay bajos porcentajes de participación de las mujeres , por ejemplo, en el mercado laboral de un sector productivo específico, lo que puede concluirse de esto es que hay una baja proporción de mujeres que están dispuesta a trabajar y buscan empleo en ese campo concreto, no que hay mujeres desempleadas en el sector. Por las razones que sean, este grupo no se halla desempleado, sino que no quiere, no puede buscar o no desea obtener un puesto de trabajo allí. En cambio, si la evidencia registra un porcentaje de desempleo en tal sector económico, sí podría concluirse que hay mujeres que, no obstante estar dispuestas a trabajar y buscan efectivamente emplearse en dicho campo, no logran engancharse porque el mercado, por ejemplo, es discriminatorio.

En este orden de ideas, la Sentencia incurre en imprecisiones como las siguientes: · Al utilizarse datos del Informe de 2014, Gender at Work , del Banco Mundial, se señala que a) “ la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha estancado en los últimos 20 años, al disminuir del 57% al 55% a nivel mundial ”, b) “ un total de 128 países cuenta con al menos una diferenciación legal basada en el género, es decir que las mujeres y los hombres no pueden participar de la misma manera en el mundo laboral. En 54 países las mujeres enfrentan cinco diferencias legales o más ”, y c), “ el 49% de las mujeres en los países en desarrollo se encuentran fuera del mercado laboral. En el caso de los hombres, la cifra llega apenas a un 21% ” (negrillas fuera de texto) [397] .

Las anteriores, según la Sentencia, serían “ cifras sobre la brecha de desigualdad a nivel general que hay en materia de desempleo entre hombre y mujeres ” (negrillas fuera de texto). No obstante, esta conclusión es problemática, pues es

claro que se están usando tasas y porcentajes de participación en el mercado laboral, como un indicador de las brechas de desigualdad en materia de desempleo a nivel mundial. En este sentido, al mezclarse las nociones de participación y empleo, las conclusiones no están apoyadas en los datos estadísticos que supuestamente las sustentan [398] .

· La Sentencia afirma que las mujeres asalariadas en edad reproductiva tienen una probabilidad mayor de quedarse desempleadas y para ejemplificarlo expone una gráfica del DANE, que muestra la " tasa global de participación " en Bogotá según sexo, para el periodo 2007-2015 [399] .

De esta forma, una vez más se confunden las nociones de participación y empleo. Más preocupante aún, es la interpretación que sigue a la mencionada gráfica:

"[l]os datos de la gráfica anterior muestran que, aunque las mujeres superan a los hombres tanto en población total, como en personas en edad de trabajar, participan en menor medida del mercado laboral que los hombres: un 65,5% frente a un 78,3% ". Esto no corresponde a lo mostrado en la gráfica, pues ella tiene únicamente información relativa a la participación laboral discriminada por sexo. Nada señala sobre la población total o la población en edad de trabajar, así como tampoco tiene relación alguna con el punto que buscaba inicialmente ejemplificar, es decir, la mayor probabilidad que tiene la mujer en edad reproductiva de quedar desempleada.

· El Fallo relaciona un cuadro del DANE que presenta una distribución de variables del mercado laboral, discriminada en dos grupos de tratamiento según la edad, un primer grupo de 18 a 30 años y un segundo grupo de 40 a 55 años, para el periodo 2009-2013 [400] .

Con base en esta información, se afirma que " la mayoría de la población desempleada pertenece al grupo de mujeres de alta fertilidad (72%), mientras que en la empleada la mayoría de los trabajadores informales o que recurren al autoempleo pertenecen al grupo de baja fertilidad (56% y 65%, respectivamente) ".

Con todo, la anterior afirmación no es completamente coherente con el cuadro, el cual no especifica si el grupo poblacional es de mujeres, hombres o de carácter mixto. Por el contrario, parecería, en ausencia de más información, que se entiende que el grupo de tratamiento involucra tanto hombres como mujeres. Por lo tanto, no se encuentra en su totalidad confirmada la premisa de que la mayoría de la población desempleada pertenece al grupo de mujeres de alta fertilidad a partir de la información estadística suministrada.

· Por último, la Sala expone un estudio econométrico que analiza los efectos marginales de la entrada en vigencia de la Ley 1468 de 2011, la cual aumentó el número de semanas de la licencia de maternidad [401] .

A renglón seguido, concluye: " de conformidad con lo anterior , las políticas tendientes a proteger la discriminación por el hecho de la maternidad, autonomía femenina y la desigualdad de género, al suponer costos adicionales para los empleadores respecto a la contratación masculina, han desencadenado un efecto negativo respecto del acceso al empleo para la mujeres ".

Esta conclusión realmente no responde al estudio citado. El cuadro con los resultados de los efectos marginales de la mencionada Ley en los indicadores del estado laboral, únicamente es estadísticamente relevante para las variables: inactividad económica, informalidad y autoempleo. Por el contrario, la variable de desempleo no arroja resultados estadísticamente relevantes que permitan afirmar que el incremento en la licencia de maternidad consagrada en la Ley influya en el desempleo femenino. Esto se observa en la medida en que los efectos marginales de la variable de desempleo no llevan marcados asteriscos de significancia en el resultado del estudio econométrico. De hecho, las autoras del artículo de donde es extraído el estudio [402] afirman, en contraste con lo que indica la Sentencia, precisamente que " los resultados para desempleo, en la columna 2, no son significativos, por tanto no encontramos evidencia de que el desempleo de mujeres en edades de alta fertilidad se vea afectado por la ley ".

13. De esta manera, se observan dificultades importantes en la lectura de la información de la cual se vale la providencia para apoyar la conclusión que buscaba demostrar, i.e. que la asignación al empleador de cargas económicas por el despido de la trabajadora en estado de gravidez, basada en un fundamento distinto a la prevención de la discriminación, desestimula la contratación de mujeres y fomenta su desempleo . Por lo general, el argumento induce la información en términos de conclusiones sobre desempleo femenino, cuando no siempre la estadística proporciona información en ese sentido, sino respecto de tasas de participación de mujeres o sobre desempleo en general. Así mismo, se muestran representativos los resultados sobre desempleo, pese a que en verdad no tienen la significación que se afirma.

14. En este orden de ideas, considero que la posición de la mayoría de la Sala, con la supuesta finalidad de proteger, destruyó conscientemente una de las protecciones jurídicas más importantes que tenían las mujeres en el difícil camino hacia la igualdad de género en el acceso y permanencia en el empleo.

Dejó absolutamente desamparadas a las trabajadoras que quedan embarazadas y no lo saben y a aquellas que, pese a saberlo, optan legítimamente por no divulgarlo. Aunque se encuentren en estado de embarazo, para la mayoría de la Sala Plena, es como si no lo estuvieran, pues ninguna protección constitucional les asistirá. Además, de forma por completo injustificada, la Sentencia ignoró el valor central que el Constituyente confirió a la maternidad y a la vida del que está por nacer, así como el derecho a la igualdad de los niños. Aún más grave, todo lo anterior, a partir de razonamientos con errores lógicos y del empleo de herramientas técnicas sin el debido rigor.

15. Considero, finalmente, que ninguna mujer merece vivir su maternidad con la convicción de que es un obstáculo para su desarrollo personal y profesional. Nos corresponde, contribuir a que se produzca un cambio profundo en la conciencia colectiva a partir del cual dejemos de invisibilizar las diferentes y sorprendentes facetas de la mujer, de manera que, finalmente, garanticemos su dignidad.

En los anteriores términos dejo suscrito mi voto particular a la Sentencia SU-075 de 2018. Fecha ut supra , DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] Los expedientes T-6.240.380 y T-6.318.375 fueron seleccionados y repartidos a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional, conformada por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera el día 25 de agosto de 2017. Valga anotar que, en el caso del expediente T-6.240.380, el expediente fue remitido a la respectiva Sala de Selección en virtud de la insistencia presentada por el Procurador General de la Nación.

[2] Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015) . “Artículo 61 . Revisión por la Sala Plena . Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena”.

[3] El día 23 de marzo de 2018, la Sala de Selección Número Tres, conformada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el Magistrado Alejandro Linares Cantillo, escogió el expediente T-6.645.503 y lo acumuló al expediente T-6.240.380.

[4] El contrato de trabajo suscrito entre las partes obra a folio 71 del Cuaderno de Primera Instancia del expediente de la referencia (en adelante, Cuaderno No. 1).

[5] Así lo asegura la actora en su escrito de tutela (Folio 2, Cuaderno No. 1). [6] Folios 24 y 25, Cuaderno No. 1. De conformidad con la copia de la historia clínica aportada, la accionante “refirió que se practicó una prueba en orina, la cual salió positiva” .

[7] Así lo manifiesta la tutelante en su escrito de tutela (Folio 2, Cuaderno No. 1). [8] Dicha carta de terminación obra a folio 36 del Cuaderno No. 1. En ella figura la siguiente anotación:

“Ante la negativa por parte del trabajador por (sic) firmar la notificación de la terminación del contrato de obra labor, se procede a realizar la respectiva notificación ante 2 testigos de la compañía”.

[9] Folio 2, Cuaderno No. 1. [10] Folio 35, Cuaderno No. 1. [11] El auto admisorio obra a folios 40 a 41 del Cuaderno No. 1. [12] Folio 45, Cuaderno No. 1.

[13] Folios 78 a 80, Cuaderno No. 1. [14] Folio 78, Cuaderno No. 1. [15] La sentencia de primera instancia obra a folios 96-100, Cuaderno No. 1.

[16] Folio 100, Cuaderno No. 1. [17] El escrito de impugnación obra a folios 106-142 del Cuaderno No. 1. [18] Folio 117, Cuaderno No. 1. [19] De conformidad con la historia clínica aportada se evidencia que, para el 28 de enero de 2017, la tutelante tenía un embarazo de siete semanas (Folio 129, Cuaderno No. 1).

[20] La sentencia de segunda instancia obra a folios 7 a 22 del Cuaderno de Segunda Instancia (en adelante, Cuaderno No. 2). [21] Sobre este particular, el fallador de segunda instancia valoró los resultados de la ecografía que se le practicó a la actora el 21 de enero de 2017. Con base en dicho medio probatorio, concluyó que la accionante se hallaba en la semana 7 de gestación cuando fue tomado dicho examen, por lo que se encontraba en embarazo al momento en el que la accionada decidió culminar el vínculo laboral (Folios 18 y 19, Cuaderno No. 2).

[22] Sobre este particular, el fallador de segunda instancia valoró los resultados de la ecografía que se le practicó a la actora el 21 de enero de 2017. Con base en dicho medio probatorio, concluyó que la accionante se hallaba en la semana 7 de gestación cuando fue tomado dicho examen, por lo que se encontraba en embarazo al momento en el que la accionada decidió culminar el vínculo laboral (Folios 18 y 19, Cuaderno No. 2).

[23] Este hecho se demostró mediante certificación laboral expedida por la entidad accionada, la cual obra a folio 12 del Cuaderno de Primera y Segunda Instancia del expediente de la referencia (en adelante, Cuaderno No. 1).

[24] La carta de terminación figura a folio 13 del Cuaderno No. 1. [25] La copia del resultado de la prueba de embarazo obra a folio 14 del Cuaderno No. 1. El documento original se encuentra en el folio 40 del Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional (en adelante, Cuaderno No. 2).

[26] El resultado de la ecografía practicada el 29 de marzo de 2017 se encuentran visibles a folio 41 del Cuaderno No. 2. [27] El resultado de la ecografía practicada el 31 de marzo de 2017 obra a folio 43 del Cuaderno No. 2.

[28] La petición presentada por la accionante figura en los folios 46 y 47 del Cuaderno No. 2. [29] La respuesta a la petición, otorgada por Chilco Distribuidora de Gas y Energía S.A.S. E.S.P., figura en los folios 48 y 49 del Cuaderno No. 2.

[30] El auto admisorio obra a folio 25 del Cuaderno No. 1. [31] La respuesta de la sociedad demandada figura en los folios 29 a 49 del Cuaderno No. 1.

[32] La Sentencia de primera instancia obra a folios 50 a 56 del Cuaderno No. 1. [33] El escrito de impugnación figura a folios 60 a 66 del Cuaderno No. 1.

[34] La Sentencia de segunda instancia obra a folios 75 a 78 del Cuaderno No. 1. [35] Aunque no obra copia del contrato de trabajo en el expediente, ambas partes admitieron la existencia de la relación de trabajo. Así mismo, a folio 6 del Cuaderno No. 1 figura una certificación laboral expedida por la sociedad demandada la cual da cuenta de esta circunstancia. No obstante, cabe indicar que la accionante afirma que comenzó a trabajar mediante contrato a término indefinido el 2 de octubre de 2015 (folio 2 del Cuaderno de Primera Instancia —en adelante, Cuaderno No. 1—), mientras que la entidad demandada sostiene que la tutelante inició su relación de trabajo mediante contrato laboral a

término fijo en la fecha señalada, el cual fue modificado en su modalidad y se convirtió en un vínculo a término indefinido el 1 de mayo de 2016 (folio 45 del Cuaderno No. 1).

[36] Folio 2, Cuaderno No. 1. [37] La copia de la petición obra a folios 11 y 12 del Cuaderno No. 1. Igualmente, la copia de la constancia de remisión mediante servicio de correspondencia se encuentra en el folio 13 del Cuaderno No. 1.

[38] Folio 2, Cuaderno No. 1. [39] En el escrito de tutela, la accionante manifestó únicamente que se encontraba atrasada en el pago de su vivienda. No obstante, a partir de las pruebas recaudadas en sede de revisión, se estableció que la actora hacía referencia a un crédito hipotecario que celebró con una entidad financiera para la adquisición de su vivienda.

[40] El auto admisorio obra a folios 14 a 16 del Cuaderno No. 1. [41] Para demostrar esta circunstancia, aportó una captura de pantalla de la Base de Datos Única de Afiliación correspondiente al 27 de septiembre de 2017 (folio 25, Cuaderno No. 1).

[42] De acuerdo con la copia del acta de descargos (folio 50, Cuaderno No. 1) la tutelante, al parecer, admitió los hechos endilgados por su empleador sin manifestar ningún reclamo u observación.

[43] Folio 50, Cuaderno No. 1. [44] Con el fin de sustentar dicha afirmación, la parte demandada citó la “Sentencia 12108 de julio 22” de 1999 (folio 45, Cuaderno No. 1).

[45] Folio 46, Cuaderno No. 1. [46] Folio 46, Cuaderno No. 1. [47] La Sentencia de primera instancia obra a folios 51 a 56 del Cuaderno No. 1.

[48] Folio 53, Cuaderno No. 1. [49] Folio 55, Cuaderno No. 1. [50] El escrito de impugnación figura a folios 114 a 120 del Cuaderno No. 1. [51] Folio 115 del Cuaderno No. 1.

[52] Folio 115 del Cuaderno No. 1. [53] La Sentencia de segunda instancia obra a folios 10 a 13 del Cuaderno de Segunda Instancia (En adelante, Cuaderno No. 2.) [54] Folio 12, Cuaderno No. 2. Al respecto, el juez de segunda instancia cita la Resolución 2347 de 2007.

[55] Folio 12, Cuaderno No. 2. [56] La Magistrada Sustanciadora ofició a la actora para que informara: “a) ¿Cuáles han sido los medios de subsistencia con los que ha contado desde el momento en el cual terminó el contrato de trabajo que sostenía con la empresa demandada hasta la fecha actual? // b) ¿En la actualidad trabaja? En caso afirmativo, señale quién es su empleador o indique si es trabajadora independiente. // c) ¿Cuáles son sus ingresos y cuáles son los gastos personales, alimentación, transporte, pago de servicios públicos, pago de créditos y deudas a su nombre y demás necesidades que debe atender en la actualidad? // d) ¿Con quién vive? ¿Cuál es la edad y la ocupación de las personas que conforman su núcleo familiar? // e) ¿Tiene bienes, muebles o inmuebles, a su nombre? f) ¿Cómo está compuesta su familia? En particular, explique en qué medida contribuyen su esposo (a), compañero o compañera permanente y cada uno de sus padres y/o hermanos para cubrir sus necesidades. // g) ¿Tiene personas a su cargo? En caso afirmativo, señale sus edades y ocupaciones. h) ¿Cuál es su estado de salud actualmente? // i) ¿Cómo culminó su proceso de gestación? ¿Cuál es el estado de salud de su hijo o hija?” .

[57] Dicho diagnóstico figura en la copia de la historia clínica y en la incapacidad médica prescrita. (Folios 52 y 53, Cuaderno No 1 de Revisión de la Corte Constitucional - en adelante Cuaderno No.

3-). [58] Así lo indicó la tutelante en su escrito presentado ante esta Corporación (Folio 42, Cuaderno No. 3). [59] Folio 59, Cuaderno No. 3.

[60] Folios 44 y 45, Cuaderno No. 3. [61] Folio 63, Cuaderno No. 3. [62] Folio 103, Cuaderno No. 3. [63] Folio 103, Cuaderno No. 3. [64] Folio 107, Cuaderno No. 3.

[65] Folio 107, Cuaderno No. 3. [66] Folio 108, Cuaderno No. 3. [67] La Magistrada Sustanciadora ordenó poner en conocimiento de las partes dicho material probatorio mediante auto de 27 de noviembre de 2017.

[68] Folio 187, Cuaderno No. 3. [69] La Magistrada Sustanciadora ordenó poner en conocimiento de las partes dicho material probatorio mediante auto de 13 de marzo de 2018.

[70] La Magistrada Sustanciadora ordenó poner en conocimiento de las partes dicho material probatorio mediante auto de 29 de enero de 2018. [71] Entre los documentos allegados por la accionante figura un recibo de servicios públicos y comprobantes de pago de matrícula en una institución educativa privada, sin que se registre mora en ninguno de los casos (Folios 167 a 171, Cuaderno No. 3).

[72] La Magistrada Sustanciadora ordenó poner en conocimiento de las partes dicho material probatorio mediante auto de 21 de febrero de 2018.

[73] Folio 220, Cuaderno No. 3. [74] Folios 221 a 226, Cuaderno No. 3. [75] Folios 227 a 230, Cuaderno No. 3. [76] Folio 231, Cuaderno No. 3.

[77] La Magistrada Sustanciadora ofició a la actora para que informara: “a) ¿Cuáles han sido los medios de subsistencia con los que ha contado desde el momento en el cual terminó el contrato de trabajo que sostenía con la empresa demandada hasta la fecha actual? // b) ¿En la actualidad trabaja? En caso afirmativo, señale quién es su empleador o indique si es trabajadora independiente. // c) ¿Cuáles son sus ingresos y cuáles son los gastos personales, alimentación, transporte, pago de servicios públicos, pago de créditos y deudas a su nombre y demás necesidades que debe atender en la actualidad? // d) ¿Con quién vive? ¿Cuál es la edad y la ocupación de las personas que conforman su núcleo familiar? // e) ¿Tiene bienes, muebles o inmuebles, a su nombre? f) ¿Cómo está compuesta su familia? En particular, explique en qué medida contribuyen su esposo (a), compañero o compañera permanente y cada uno de sus padres y/o hermanos para cubrir sus necesidades. // g) ¿Tiene personas a su cargo? En caso afirmativo, señale sus edades y ocupaciones. h) ¿Cuál es su estado de salud actualmente? // i) ¿Cómo culminó su proceso de gestación? ¿Cuál es el estado de salud de su hijo o hija?” .

[78] La tutelante manifestó que no ha podido vincularse laboralmente debido a su estado de gestación. [79] La tutelante allegó las declaraciones con fines extraprocesales rendidas por: (i) Doris Esther Ramos Marreros, en la cual declaró que su hija Sandra Liliana Tinoco Ramos depende económicamente de ella; (ii) Sandra Liliana Tinoco Ramos, en la cual expresó que no labora, no recibe auxilio, salario o pensión alguna y depende económicamente de su madre; y (iii) Olivia Marreros de Ramos, abuela de Sandra Liliana Tinoco Ramos, quien manifestó que la accionante depende económicamente de su progenitora.

[80] La peticionaria aportó copia una factura del servicio público de acueducto y alcantarillado del mes de junio y otra del servicio de energía eléctrica del mes de agosto. En ambos documentos, se constata que el inmueble, ubicado en la localidad de Kennedy en Bogotá, se clasifica en el estrato socioeconómico 1.

[81] El referido documento fue radicado el 18 de octubre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación. [82] La Magistrada Sustanciadora ofició a la actora para que informara:

“a) ¿Cuáles han sido los medios de subsistencia con los que ha contado desde el momento en el cual terminó el contrato de trabajo que sostenía con la empresa demandada hasta la fecha actual? // b) ¿En la actualidad trabaja? En caso afirmativo, señale quién es su empleador o indique si es trabajadora independiente. // c) ¿Cuáles son sus ingresos y cuáles son los gastos personales, alimentación, transporte, pago de servicios públicos, pago de créditos y deudas a su nombre y demás necesidades que debe atender en la actualidad? // d) ¿Con quién vive? ¿Cuál es la edad y la ocupación de las personas que conforman su núcleo familiar? // e) ¿Tiene bienes, muebles o inmuebles, a su nombre? f) ¿Cómo está

compuesta su familia? En particular, explique en qué medida contribuyen su esposo (a), compañero o compañera permanente y cada uno de sus padres y/o hermanos para cubrir sus necesidades. // g) ¿Tiene personas a su cargo? En caso afirmativo, señale sus edades y ocupaciones. h) ¿Cuál es su estado de salud actualmente? // i) ¿Cómo culminó su proceso de gestación? ¿Cuál es el estado de salud de su hijo o hija?" .

[83] Folio 27. Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional del Expediente T-6.645.503 (en adelante, Cuaderno Corte Constitucional No. 4).

[84] Folio 28, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [85] Folio 26, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [86] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4.

[87] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [88] La actora aporta copia de una factura de servicios públicos correspondiente a junio de 2018, en la cual se evidencia una mora de dos meses (Folio 40, Cuaderno Corte Constitucional No. 4).

[89] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [90] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [91] La accionante aportó copia del certificado de deuda por crédito hipotecario cuyo saldo es de 17.558.193 (Folio 39, Cuaderno Corte Constitucional No. 4).

[92] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [93] Folio 36, Cuaderno Corte Constitucional No. 4. [94] Folio 81. Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional del Expediente T-6.318.375 (en adelante, Cuaderno Corte Constitucional No.2) [95] Folio 81, Cuaderno Corte Constitucional No.2. En relación con este punto, la entidad señaló que el parágrafo 1° del artículo 166 de la Ley 100 de 1993 define el subsidio alimentario como "la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada".

[96] Folio 82, Cuaderno Corte Constitucional No.2. [97] Folio 83, Cuaderno Corte Constitucional No.2 [98] Folio 84, Cuaderno Corte Constitucional No.2 [99] Folio 273, Cuaderno Corte Constitucional.

[100] Folio 273, Cuaderno Corte Constitucional. [101] Folio 12, Segundo Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional del Expediente T-6.240.380 (en adelante, Cuaderno Corte Constitucional No.3).

[102] Folio 12, Segundo Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional del Expediente T-6.240.380 (en adelante, Cuaderno Corte Constitucional No.3).

[103] Al respecto, la entidad citó el artículo 2.2.6.2.5. del Decreto 1084 de 2015, el cual establece: " Educación Superior . El Ministerio de Educación Nacional promoverá que las instituciones de educación superior, en el marco de su autonomía, consagrado en el artículo 69 de la constitución y el artículo 28 de la Ley 30 de 1992, establezcan a partir del 20 de diciembre de 2011, los procesos de selección, admisión y matrícula, así como los incentivos que permitan a las víctimas, reconocidas en el artículo 3o de la Ley 1448 de 2011, especialmente mujeres cabeza de familia, adolescentes y población en condición de discapacidad, acceder a su oferta académica .// El Ministerio de Educación Nacional fortalecerá, las estrategias que incentiven el acceso de la población víctima a la educación superior".

[104] Sobre este particular, el DPS afirmó que las funciones del Ministerio de Vivienda respecto del asunto referido son las previstas en el artículo 2.2.7.1.3. del Decreto 1084 de 2015, el cual señala:

" Priorización con enfoque diferencial . La priorización para asignación y aplicación del subsidio familiar de vivienda, debe ser coherente con las necesidades de los sujetos de especial protección constitucional de conformidad con las condiciones que establezca mediante Resolución el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. // Parágrafo .

Las entidades encargadas de la asignación de los subsidios familiares de vivienda determinarán acciones encaminadas a privilegiar dentro de la población víctima del desplazamiento forzado el acceso a soluciones de vivienda de las personas en condición de discapacidad, mujeres cabeza de familia y adultos mayores".

[105] El DPS manifestó que las funciones de esta entidad, relacionadas con los derechos de las mujeres se encuentran en el artículo 2.2.7.7.19. del Decreto 1084 de 2015, el cual señala:

" Aplicación. El Gobierno Nacional a través de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en coordinación con las organizaciones de mujeres, realizará ·actos conmemorativos de difusión y socialización en todo el territorio nacional en la fecha mencionada".

[106] Respecto de esta entidad, el DPS también refirió lo consagrado en el citado artículo 2.2.7.7.19. del Decreto 1084 de 2015. [107] En relación con esta institución, el DPS indicó que estas entidades tienen funciones previstas en el artículo 2.2.7.7.27. del Decreto 1084 de 2015., el cual establece: " Mapa de Riesgo .

El Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y el Ministerio de Defensa Nacional, con la información de la Red de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y, la información del Sistema de Alertas Tempranas, deberán recopilar, elaborar y actualizar el mapa de riesgo de comunidades, municipios, organizaciones de víctimas, organizaciones para la reclamación de tierras, organizaciones de mujeres y grupos étnicos afectados por el conflicto armado interno y la acción de grupos armados organizados al margen de la ley" .

[108] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las Sentencias T-583 de 2017, T-401 de 2017, T-340 de 2017, T-662 de 2016 y T-594 de 2016.

[109] Sentencia T-340 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [110] Sentencias T-401 de 2017 y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[111] Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [112] Numerales 1, 2 y 3 del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Al respecto ver las Sentencias T-632 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-655 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-419 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) entre otras.

[113] La Corte ha considerado que se trata de un interés que abarca un número plural de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular. Al respecto ver las Sentencias T-025 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-357 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

[114] Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [115] Sentencias T-290 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-632 de 2007. M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras. [116] Sentencia T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [117] Sentencia T-583 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[118] Sentencia T-122 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-030 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [119] Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[120] Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. [121] Sentencia T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[122] Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [123] Sentencias T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 M.P. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

[124] Véanse, entre otras: Sentencia T-694 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-206 de 2015.

M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-663 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [125] Sentencia T-663 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[126] Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-846 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[127] Véanse, entre otras: Sentencia T-694 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo;

Sentencia T-656 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. [128] Sentencia T-340 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

[129] Sentencia T-340 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-846 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [130] Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente retomadas de las Sentencias T-583 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-400 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-206 de 2015 M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado. Así mismo, se tuvieron en cuenta varias decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, como las Sentencias C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada y C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva en la cual la Magistrada ponente salvó el voto.

[131] Estos criterios han sido reiterados en varias decisiones de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las Sentencias SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada y C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[132] En relación con este fundamento normativo, es pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional ha destacado que esta protección también se deriva de instrumentos internacionales.

“Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) , aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW , por sus siglas en inglés), señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario” (Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada).

[133] “ Artículo 43 . La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entones estuviese desempleada o desamparada. El estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” [134] Sentencia T-238 de 2015. M.P.

Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [135] Ver, entras otras, Sentencias T-221 de 2007 (Humberto Antonio Sierra Porto), T-159 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo), y T-088 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[136] Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión, la Corte indicó que “sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral”.

[137] Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religación, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

[138] En materia de igualdad en el ámbito laboral entre hombres y mujeres, conviene resaltar, entre otros, los Convenios 3, 111, 156 y 183 y la Recomendación 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Convenio 183 prohíbe enfáticamente “al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”.

[139] Ver, entre otras, las Sentencias C-005 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); SU-070 de 2013. (M.P. Alexei Julio Estrada); C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-694 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[140] Sentencia C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería. “ Ahora bien, dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición ”.

[141] Sentencia C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería “ Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta ”.

[142] Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. [143] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [144] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[145] Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [146] Las consideraciones que se exponen a continuación fueron parcialmente retomadas a partir de la Sentencia T-583 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[147] Reglamentada por los Decretos 1632 de 1938, 2350 de 1938 y 953 de 1939. [148] Ley 53 de 1938, Artículo 2. “ No podrá despedirse de su oficio a ninguna persona empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado ”.

[149] Ramírez Bustamante, Natalia, ¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo: Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008 , 2008.

[150] El Código Sustantivo del Trabajo compila los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951. [151] Ley 50 de 1990, artículo 35 que modifica el artículo 239 del CST.

“3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”.

[152] Ley 1468 de 2011, artículo 4º que adiciona un numeral al artículo 239 del CST. “ 4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término ”.

[153] Ley 1822 de 2017, artículo 2 que modifica el artículo 239 del CST en los siguientes apartes: Adiciona al numeral primero “1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa .” y “4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”.

[154] M.P. Alejandro Martínez Caballero [155] Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [156] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[157] Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [158] Sentencia C-470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [159] Dicha disposición añade que, “antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes”.

[160] Dicha indemnización corresponde a “60 días de trabajo” . [161] Véase también el artículo 243 del CST. [162] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297;

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165.

[163] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán. SL7363-2017. Rad. 45297; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

Sentencia de 10 de mayo de 2017. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. SL4280-2017. Rad. 49165. [164] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[165] Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia T-1000 de 2010.

M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [166] Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[167] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [168] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [169] Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-138 de 2015. M.P. María Victoria Calle

Correa; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-312 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[170] Sentencia T-138 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-312 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[171] Sentencia T-138 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-312 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[172] Sentencia T-138 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia T-589 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería), Sentencia T-1080 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-778 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); Sentencia T-362 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[173] Sentencia T-400 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-656 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[174] Sentencia T-715 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [175] Sentencia T-715 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[176] Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [177] Sentencia T-092 de 2016. M.P.

Alejandro Linares Cantillo; Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[178] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [179] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. En el acápite siguiente se transcribirán varias consideraciones de dicha providencia con el propósito de exponer con la mayor precisión posible las reglas jurisprudenciales establecidas en dicha providencia.

[180] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [181] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) desarrolló la citada regla en los siguientes términos:

“Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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 a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”.

[182] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [183] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada. [184] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[185] Sobre el particular, es pertinente aclarar que mediante la Ley 1822 de 2017 se extendió la licencia de maternidad a 18 semanas. En este sentido, aunque en la Sentencia SU-070 de 2013 se hace referencia a “los tres meses posteriores al parto” , dicho término debe entenderse en relación con la disposición legal vigente que regule la licencia de maternidad.

[186] Véanse, entre otras: Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada (caso No.4); Sentencia T-796 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); Sentencia T- 092 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[187] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [188] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [189] M.P. Mauricio González Cuervo. [190] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[191] M.P. Alejandro Linares Cantillo. [192] Sentencia T-350 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada;

Sentencia T-1000 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [193] Sentencia T-102 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-238 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia T-148 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[194] La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario. [195] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos:

“Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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 a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.”.

[196] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos: “ Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”.

[197] La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario. [198] Las siguientes consideraciones reiteran aquellas expuestas en el expediente no.

T-6.608.761. [199] Código Sustantivo del Trabajo, artículos 236 a 238. [200] Sentencia T-603 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [201] Sentencia T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[202] "Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.” [203] “ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.” [204] Consultar en:

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Circular%20No.024%20de%202017.pdf [205] En el mismo sentido el artículo 4º del Decreto 4023 de 2011 “ Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones ” establece lo siguiente: “ Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación

Interna del Régimen Contributivo, se utilizaran en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley ”.

[206] Artículo 20 del Decreto 4023 de 2011 [207] Artículo 220 de la Ley 100 de 1993. [208] En torno a la analogía debe señalarse que ella se predica de la interpretación de disposiciones, a efectos de aplicar la misma norma a dos casos, uno de los cuales está previsto como supuesto de hecho de la norma y el otro es similar. Pues bien, la analogía exige que se establezca la ratio de la disposición y aquello de la esencia de los hechos contenidos en la norma que lo hace similar al hecho al cual se pretende aplicar la norma. Al respecto ver Sentencia T-960 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[209] Sentencia C-820 del 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [210] Sentencia C-179 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [211] “Artículo 34. Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales de Distrito judicial.

Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente ” . (Resaltado de la Sala).

[212] Acuerdo 02 de 2015 artículo 5. Es función de la Sala Plena “Decidir sobre los asuntos de constitucionalidad de que trata el artículo 241 de la Constitución y los casos de cambio o de unificación de jurisprudencia en materia de tutela, cuando así lo apruebe la mayoría de Sala Plena, en los eventos previstos en los artículos 59 y 61 del Reglamento” .

[213] Sentencia SU-354 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. [214] Sentencia SU-354 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo: “ Es preciso resaltar que los fallos emitidos por la Corte irradian dos tipos de efectos: en el caso de los fallos de control abstracto de constitucionalidad estos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, de ahí que se ha reconocido su carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho; por el contrario, los efectos de los fallos de tutela en principio son inter partes. No obstante, existe un punto de encuentro y es que ambos fallos se deben observar, no solo por reconocer que la Constitución es norma superior, sino para garantizar el derecho a la igualdad de los administrados.

3.1. Los efectos inter partes de las acciones de tutela en ocasiones pueden hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión que realiza el Tribunal Constitucional. En este sentido, la vinculación de los jueces de tutela a los precedentes constitucionales, resulta relevante para la unidad y la armonía del ordenamiento jurídico como un conjunto estrechamente relacionado a la Constitución. Por tal razón, de no acogerse un precedente constitucional, la consecuencia devendría en restarle fuerza normativa a la Carta, ya que cada juez podría interpretar la norma constitucional como quisiera, desarticulando el sistema jurídico de las interpretaciones hechas a Constitución.

Se entiende, entonces, que aunque existe un valor vinculante del precedente y la obligación de los jueces de acogerse a este en sus decisiones, esto no implica que dicha obligación coarte la libertad de decisión del juez o la autonomía judicial consagrada en la Constitución, porque existe la posibilidad para los operadores judiciales de apartarse del precedente si cumple con los requisitos establecidos para ello, siempre que cumplan debidamente la carga argumentativa ”.

[215] Sentencia T-260 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. “[s]i bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar .” [216] Sentencia SU-354 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[217] Sentencia T-270 de 2013 .M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [218] Sentencia C-816 de 2011. M. P. Mauricio González Cuervo. [219] Sentencia C-816 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

[220] Sentencia C-104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [221] Sentencia C-104 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero: " La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia. // En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus Sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país.

// Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia ." [222] Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

"(iv) el impacto que tiene en materia judicial el principio unitario de organización del Estado (CP art. 1), en un marco de desconcentración funcional congruente con la estructura jerárquica de la administración de justicia (CP arts. 228 y ss); y (v) el sentido que tiene el mandato de sometimiento de los jueces al imperio de la ley, en los términos del artículo 230 del Texto Superior, como una expresión más amplia que incluye la sujeción al "ordenamiento jurídico ", implica el deber de acatar los precedentes de los órganos de cierre, no sólo por lo referente a los mandatos constitucionales de la igualdad, la buena fe y la seguridad jurídica, sino también por la necesidad de realizar la regla de la universalidad. En consonancia, En la Sentencia T-775 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: " El artículo 230 de la Constitución Política prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley. Si bien en un sentido literal ello conduciría a negar el valor normativo de los precedentes, la Corte ha concluido que una interpretación como esa lleva a un absurdo, pues tampoco estaría el juez sometido a la Constitución, los tratados internacionales aprobados por Colombia o incorporados al bloque de constitucionalidad, o las normas generales de jerarquía inferior a la ley (como las ordenanzas o los acuerdos). Por eso, la palabra ley contenida en el artículo 228 debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales.

(…) En consecuencia, la vinculación a los precedentes no solo constituye una concreción del principio de igualdad, sino del principio de legalidad que ordena a los jueces fallar con base en normas previamente establecidas. Y, desde un punto de vista más amplio, es también una exigencia del principio argumentativo de universalidad y de la racionalidad ética que ordena dar el mismo trato a situaciones idénticas. Además, representa un mecanismo para cumplir fines de relevancia constitucional como la confianza legítima, la seguridad jurídica y la unificación de jurisprudencia ".

[223] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [224] Sentencia T-830 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. " La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de "ley" ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las Sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

[225] Sentencia T-830 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub " La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio

relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico ”.

[226] La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente:

“tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y “exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante” (énfasis de la Sala).

[227] Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “…genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica ”.

[228] Sentencia T-233 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. [229] Ver entre otras, las Sentencias T-1023 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[230] Ver entre otras, las Sentencias T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [231] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[232] Sentencia SU-053 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [233] Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[234] Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero: “… si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por la propia corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos ”.

[235] Sentencia C-400 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero: “ En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere

que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho".

[236] Sentencia C-516 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. [237] Sentencia C-898 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [238] Sentencia C-836 de 2011. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[239] Sentencia C-253 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. [240] Sentencia C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [241] Sentencia C-253 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[242] Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. [243] M.P. Alberto Rojas Ríos. [244] Sentencia SU-214 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. " Parafraseando la metáfora de Ronald Dworkin (novela en cadena), la interpretación judicial que realiza esta Sentencia en el sentido de extender la figura del matrimonio civil para todos, sin discriminación por motivos sexuales, continúa la obra jurisprudencial pronunciada por la Corte Constitucional desde sus inicios, con la finalidad de interpretar todos sus precedentes y la Sentencia C-577 de 2011 particularmente y culminar una evolución jurisprudencial singular y unificada que proporciona la mejor interpretación constructiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, vista como una narrativa jurisprudencial en desarrollo.

En definitiva, el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil no es un capricho momentáneo de éste Tribunal Constitucional. Todo lo contrario, es el ciclo de constante evolución jurisprudencial en materia de protección constitucional de las familias diversas, en la cual los jueces de tutela y esta Corte interpretaron el camino que representa la mejor lectura de toda la larga cadena de decisiones precedentes en relación con las familias constituidas por parejas del mismo sexo ".

[245] Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [246] Sentencia C-898 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "[…][n]o son admisibles modelos de sobreseimiento del precedente judicial fundados en (i) la negativa a reconocer el precedente judicial como fuente formal de derecho; (ii) la negación de su existencia a partir de la omisión deliberada como parte de los parámetros normativos vinculantes para la resolución del caso respectivo; o (iii) fórmulas que adoptan la modificación sin expresar las razones sustantivas que fundamentan una decisión de esa naturaleza, distintas a la simple competencia de la alta corte para adoptar el fallo correspondiente" .

[247] Sentencia C-898 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [248] Artículo 166 de la Ley 100 de 1993. [249] Parágrafo del artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

[250] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [251] "(…) [d]urante 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 " . (Resaltado por fuera del texto original).

[252] Sentencia C-598 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). " De esta manera, los mencionados principios y finalidades señalados constitucionalmente (…) conducen a una interpretación del artículo 43 superior que descarta la posibilidad de que el subsidio alimentario especial que prevé la norma, sea concedido a toda mujer por el solo hecho de estar desempleada, toda vez que esta circunstancia no constituye por sí misma una situación de debilidad manifiesta." [253] Sentencia C-598 de 1998 (M.P.

Vladimiro Naranjo Mesa). [254] Sentencia C-598 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia la Corte Constitucional expresó: "Es posible también, que alguna categoría de mujeres a pesar de reunir las condiciones de

desempleo y desamparo no sean incorporadas al régimen subsidiado después de aplicada la encuesta del SISBEN. En tal caso podría hablarse de un desconocimiento del derecho a percibir el subsidio alimentario, desconocimiento que podría impedirse, a través del ejercicio de la acción de tutela, teniendo en cuenta del perjuicio irremediable que de él se podría derivar” .

[255] Artículo 12 de la Ley 1636 de 2013. [256] Artículo 3 del Decreto 582 de 2016. [257] Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron parcialmente tomadas de las sentencia T-314 de 2016, T-606 de 2016, T-673 de 2017, T-210 de 2018 y T-235 de 2018, de la Magistrada Sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado.

[258] Ley 1438 de 2011. “ Artículo 3°. PRINCIPIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. (…) 3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios”.

[259] S entencia SU-130 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [260] Sentencia T-115 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [261] Artículo 34.1 del Decreto 2353 de 2015. El resaltado es de la Sala.

[262] Sentencia T-074 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [263] Ver Sentencia T-1054 de 2008, en la que la Corte indicó que determinó que era procedente proteger los derechos fundamentales invocados por los tutelantes y procedía la afiliación de los niños como beneficiarios de su tía.

[264] Sentencia T-593 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [265] Ley 100 de 1993, artículo 157. [266] Sentencias T-611 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-614 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-314 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-421 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).

[267] Sentencias T-611 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-614 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-314 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-421 de 2017 (M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo).

[268] Sentencia SU-111 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [269] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [270] Sentencia T-177 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. "

El artículo 213 de la Ley 100 de 1993, relativo a los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, indica que se beneficiará del mismo toda la población pobre y vulnerable del país, en los términos del artículo 157 de la misma ley. De acuerdo con esta última norma, los afiliados al régimen subsidiado serán aquellas personas "sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización", pertenecientes a "la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana". A renglón seguido, el artículo 157 en comento establece que, dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia "las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago ”.

[271] Sentencia T-177 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [272] Sentencia SU-677 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [273] “ En el caso particular, a pesar de que médicamente el embarazo no ha sido catalogado como una urgencia, la accionante sí requería una atención urgente, pues su salud se encontraba en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazada y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular.

Además, la negativa de la prestación de estos servicios como una urgencia, en muchos casos lleva a la muerte de la madre, del feto y del recién nacido, lo que se puede evitar con la atención básica de los servicios de salud materna. (…) Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la accionante, al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la situación particular se evidenció que la peticionaria requería la prestación de los servicios relacionados con el embarazo y el parto de forma urgente, en consideración a todos los riesgos que sufren las mujeres gestantes por el hecho de estar embrazadas, que incluso las pueden llevar a su muerte, en especial, en situaciones de crisis humanitaria como la que actualmente ocurre en el Estado colombiano por la migración masiva de ciudadanos venezolanos ” (Subrayas fuera del texto original).

[274] La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario. [275] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos:

“ Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”.

[276] La discusión sobre la justa causa debe presentarse ante el juez ordinario. [277] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 desarrolló la citada regla en los siguientes términos:

“Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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 a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C.S.T.”.

[278] Las consideraciones que se presentan en el presente acápite han sido retomadas parcialmente a partir del salvamento de voto de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la Sentencia C-005 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[279] Por ejemplo en la Sentencia C-667 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería. [280] Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 4. “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en ningún modo entrañará, consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

[281] Ver Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-500 de 2002. Reiterada en la Sentencia C-1036 de 2003. [282] Ver Sentencia C-932 de 2007. M.P.

Marco Gerardo Monroy Cabra citando la Directiva 76/207/ del 9 de febrero de 1976 del Consejo de las comunidades europeas, la Resolución 12 de julio de 1982 del mismo Consejo y el caso Kalake del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1995.

[283] Ver Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citando las Sentencias 81 del 21 de diciembre de 1982, 99 del 15 de noviembre de 1983, 10 del 28 de enero de 1985 y 128 del 16 de julio de 1987 del Tribunal Constitucional Español.

[284] La Corte Suprema de Estados Unidos ha analizado en mayor medida, acciones afirmativas con fundamento en la raza y en el acceso a la educación de las mujeres. No obstante, se ha pronunciado sobre acciones afirmativas para las mujeres en el ámbito laboral. Por ejemplo, en la Sentencia Johnson v.

Transportation Agency (480 U.S. 616 (1987) la Corte analizó si una acción afirmativa que permitió que una mujer fuera promovida por encima de un colega hombre con las mismas calificaciones era admisible. En este caso, la mayoría de la Corporación señaló que no era irracional utilizar el sexo de un empleado como un factor dentro del procedimiento de ascenso en la medida en que la decisión no creaba una barrera material para el avance laboral de los hombres.

[285] Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 11. “ 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;

El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;

El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;

El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

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:

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

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

Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda ”.

[286] Ramírez Bustamante, Natalia, ¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo: Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008 , 2008; Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio 3, entró en vigor en 1921 y fue ratificado por Colombia en 1933. Artículo 3: “ En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto; d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia ” .

[287] Sentencias C-667 de 2006, C-371 de 2000 y C-112 de 2000. [288] Sentencias C-622 de 1997, C-112 de 2000, T-610 de 2002, C-410 de 1994, entre muchas otras.

[289] En Sentencia SU-388 de 2005, la Corte manifestó que “para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades” . La Sentencia C-184 de 2003 dijo que “ Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos”.

La Sentencia C-667 de 2006 manifestó que las acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta “ para que el legislador adopte medidas en pro de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos... Dichas medidas se concretan en la facultad con la que cuenta el legislador para apelar a la raza, al sexo –categorías en principio sospechosas como criterio de discriminación-, con el fin de aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales ” (subrayas no originales).

[290] En Sentencia C-112 de 2000, la Corte se refirió a las acciones afirmativas como medidas a cargo de todas las autoridades. En Sentencia T-602 de 2003, la Sala Primera de Revisión consideró afectados los derechos a la igualdad, al mínimo vital y a la vivienda digna de desplazados porque la Red de Solidaridad no adoptó medidas de protección especial para este grupo poblacional, pese a que “ las acciones positivas a favor de la población desplazada están pues justificadas en virtud de la necesidad de asegurar un justo trato a uno de los sectores más desaventajados de la sociedad colombiana, en la urgencia de evitar que la nación colombiana se siga fragmentando y en la perentoria protección frente a graves afecciones al mínimo vital de las víctimas del desplazamiento ”.

[291] Sentencias C-371 de 2000, C-184 de 2003, C-206 de 2006 y T-1031 de 2005, entre otras. [292] Por ejemplo, la Sentencia C-667 de 2006 expresó que las acciones afirmativas fueron consagradas “ a favor de un grupo de personas determinadas, pretenden edificar condiciones reales de igualdad ”.

[293] En Sentencias SU-388 y SU-389 de 2005, la Sala Plena de la Corte advirtió que “ no resulta válida una ampliación generalizada de las acciones afirmativas a los demás colectivos, o una utilización desbordada de las mismas, puesto que no sólo se desnaturalizaría su esencia sino que se daría al traste con los objetivos que persiguen, haciéndolas inocuas, burlando así el objetivo propuesto por el Constituyente y materializado por el Legislador ” .

[294] Sentencia C-932 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [295] Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. “ La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar , el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala 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”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

[296] Sentencia T-092 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia SU-070 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. [297] Banco Mundial. Informe “Gender at Work” , un complemento del Informe sobre el desarrollo mundial relativo al empleo. Washington, 2014. Disponible en:

http://www.bancomundial.org/es/topic/gender/publication/gender-at-work-companion-report-to-world-development-report-2013-jobs [298] Banco Mundial. Informe “Gender at Work” , un complemento del Informe sobre el desarrollo mundial relativo al empleo. Washington, 2014.

Disponible en: http://www.bancomundial.org/es/topic/gender/publication/gender-at-work-companion-report-to-world-development-report-2013-jobs [299] Banco Mundial. Informe “Gender at Work. A Companion to the World Development Report on Jobs” .

2014. [en línea]. Disponible en: http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/GenderAtWork_web.pdf [300] Banco Mundial. Informe “Gender at Work. A Companion to the World Development Report on Jobs” .

2014. [en línea]. Disponible en: http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/GenderAtWork_web.pdf [301] Banco Mundial. Panorama General:

Promoción de la igualdad de género: Un arma contra la pobreza. Disponible en: http://www.bancomundial.org/es/topic/gender/overview [302] Galvis, Luis Armando. Diferenciales salariales por género y región en Colombia: Una aproximación con regresión por cuantiles. Revista de Economía del Rosario Vol. 13 No. 2, 2011.

[303] W Radio. En Colombia, las brechas de género en materia salarial y de empleabilidad persisten. 8 de Marzo de 2018 [en línea]. Disponible en:

http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/en-colombia-las-brechas-de-genero-en-materia-salarial-y-de-empleabilidad-persisten/20180308/nota/3721004.aspx [304] DANE. Mercado Laboral Según Sexo. [en línea] Disponible en:

https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/segun-sexo [305] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 128.

[306] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 7.

[307] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 4.

[308] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 4.

[309] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 4. Pág. 10.

[310] Valencia M, Ana María y Lurduy, Luz Marina. Las mujeres en el mercado laboral en Bogotá. Observatorio de Desarrollo Económico. Alcaldía de Bogotá. 8 de marzo de 2016. Disponible en:

http://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/base/lectorpublic.php?id=823#sthash.byjAKYgh.XLTJ17wK.dpbs [311] Valencia M, Ana María y Lurduy, Luz Marina. Las mujeres en el mercado laboral en Bogotá. Observatorio de Desarrollo Económico. Alcaldía de Bogotá. 8 de marzo de 2016. Disponible en: http://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/base/lectorpublic.php?id=823#sthash.byjAKYgh.XLTJ17wK.dpbs [312] Cuadro encontrado en: Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed.

Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 278. [313] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 277.

[314] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 278.

[315] ANDI, Salud y Estabilidad en el Empleo: retos jurídicos y económicos para la sostenibilidad de las empresas, 2017, pg. 19-20. [316] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 268.

[317] Al respecto, cabe mencionar que, de acuerdo con la Revista Latinoamericana de Derecho Social de la Universidad Nacional Autónoma de México, con el paso del tiempo “ ha disminuido, aunque ligeramente, el número de países, tanto en términos absolutos como relativos (26% del total), en los cuales el empleador se hace enteramente cargo de los gastos asociados a la maternidad. Se trata de países de Asia, incluyendo a China, el Pacífico y los Estados árabes. En estos países, la duración del permiso de maternidad es más corta que aquella que rige en los países en donde los gastos correspondientes corren a cargo de la seguridad social o fondos públicos ”.

Ver en: La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual. Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 4, enero-junio, 2007, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. Pág. 149-174.

[318] El artículo 241 del Código Sustantivo de Trabajo reza así: 1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados. Al respecto, la Corte en Sentencia T 082 de 2012, sostuvo que “cualquiera que sea la alternativa laboral que sustente la relación laboral que vinculaba a la mujer gestante –, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende o garantizarle el reintegro o renovación del contrato en consonancia con lo dispuesto por la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo y los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia”. Pese a ello, igualmente en Sentencia T 353 de 2016, aclaró que existen ciertos casos en que la medida de reintegro no procede: 1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta. 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos. 3) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y, 4) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador”. En dado caso, es procedente la medida de protección sustitutiva, es decir, “el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad”.

[319] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 207.

[320] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016 Pág. 280.

[321] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 281.

[322] Martínez F., Juliana; Rodríguez E. Corina; Salvador, Soledad y Arza, Camila. Maternidad, trabajo e ingresos: ¿cuáles son los costos y los beneficios y cómo se distribuyen? Propuesta de estudio orientada a la recomendación de políticas. [en línea]. Disponible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_493913.pdf

[323] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 20.

[324] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016 Pág. 270.

[325] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016 Pág. 274.

[326] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016.

Pág. 274- 275. [327] Banco Mundial. Informe “Gender at Work. A Companion to the World Development Report on Jobs”. 2014. [en línea]. Disponible en:

http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/GenderAtWork_web.pdf [328] “(…) Workplace norms about characteristics of an “ideal worker” can disadvantage women and privilege men when they intersect with gender norms. Workplace norms typically favor people who work full-time, and often those who are accessible and working beyond even a traditional full-time job schedule.78 They are not compatible with the social and cultural pressures women face with regard to domestic responsibilities.

Case studies of the ICT industry culture in India, Sri Lanka, and the United Kingdom have found long hours and a “workaholic” ethic disproportionately affect women’s retention and promotion.79 Similar patterns have been identified in other professions where women are in the minority and less likely to be promoted, including law, investment banking, and consulting in the United States”.

[329] “In these cases, policies that increase workplace flexibility or provide more part-time options may not overcome the barriers to women’s career mobility unless men take on more domestic work to offset demands on women’s time (…).” [330] Organización International del Trabajo (OIT).

“Maternity Protection at Work”, 1997 [en línea]. Disponible en: http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-v-1.htm. Cita tomada de: Luis Eduardo Arango Thomas, Eduardo Lora y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 269.

[331] Martínez F., Juliana; Rodríguez E. Corina; Salvador, Soledad y Arza,Camila. Maternidad, trabajo e ingresos: ¿cuáles son los costos y los beneficios y cómo se distribuyen? Propuesta de estudio orientada a la recomendación de políticas. [en línea]. Disponible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/publication/wcms_493913.pdf [332] “ Artículo 239. Prohibición de despido.

(…) 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.” [333] “ Artículo 239. Prohibición de despido.

(…) 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.” [334] Sobre este particular, la Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada) desarrolló la citada regla en los siguientes términos:

“Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del 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 a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.”.

[335] “ Artículo 239. Prohibición de despido. (…) 2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.” [336] Folio 83, Cuaderno Corte Constitucional No.2 [337] Tales datos se extraen de los informes rendidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el trámite de revisión.

[338] Folio 84, Cuaderno Corte Constitucional No.2 [339] La Sala Plena de la Corte Constitucional vinculó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante Auto 601 de 2017.

[340] Folios 24 y 25, Cuaderno No. 1. De conformidad con la copia de la historia clínica aportada, la accionante “refirió que se practicó una prueba en orina, la cual salió positiva” .

[341] Folio 108, Cuaderno No. 3. [342] Folio 107, Cuaderno No. 3. [343] En efecto, en la Sentencia T-1062 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Sala Tercera de Revisión analizó un caso similar al que se resuelve en esta oportunidad. En aquella ocasión, esta Corporación afirmó:

“Durante el trámite del proceso objeto de revisión, los demandados no sólo han negado haber tenido conocimiento del embarazo de la accionante y han resaltado que ella no aportó al proceso pruebas del aviso, sino que para disculpar el despido, han alegado la ocurrencia de una justa causa, consistente en hechos de los cuales es víctima la accionante, que como se estudiará en el siguiente aparte, no tiene ningún tipo de relevancia para estos efectos. Bajo este contexto, parecería que los demandados acuden a la mención de esta causal simplemente por alegar algo a su favor, y justificar de alguna manera el despido de la accionante. Este actuar de los demandados, junto con las pruebas médicas aportadas al proceso, en las que se comprueba el estado de embarazo de la accionante, y lo afirmado por ella, bajo la gravedad del juramento, respecto a que informó verbalmente a los demandados sobre su estado de embarazo con anterioridad a que ocurriera el despido, son hechos suficientes para comprobar que los demandados sí conocían del estado de embarazo de la accionante, o en gracia de discusión, para decidir la duda a favor de la trabajadora.” [344] Sentencia T-583 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado);

Sentencia T-715 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada); Sentencia T-145 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); Sentencia T-1062 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[345] Folios 227 a 230. Cuaderno No. 3. [346] Folio 220. Cuaderno No. 3. [347] Folio 220, Cuaderno No. 3. [348] Folio 231, Cuaderno No. 3. [349] Folio 220, Cuaderno No. 3.

[350] Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada); [351] Sentencia SU-070 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada); [352] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[353] M.P. Jaime Araújo Rentería. [354] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [355] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [356] M.P. María Victoria Calle Correa.

[357] M.P. Alexei Julio Estrada. [358] M.P. Alexei Julio Estrada. [359] M.P. María Victoria Calle Correa. [360] M.P. Alexei Julio Estrada. [361] M.P. Alexei Julio Estrada.

[362] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 31 de enero de 2018. Radicación. 45951. M.P. Gerardo Botero Zuluaga; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

Sentencia de 8 de noviembre de 2017. Radicación. 52573. M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13 de mayo de 2008. Radicación. 31507. M.P. Eduardo López Villegas; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 22 de febrero de 2006. Radicación. 25717. M.P. Carlos Isaac Nader;

[363] Artículo 239 del CST. Numeral 4. “En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término” .

[364] http://www.un.org/es/millenniumgoals/poverty.shtml (consultado el 31 de julio de 2018 a las 2:45 p.m.). [365] Además de tales referencias, en el documento http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_235155.pdf se señalan los países que acogen la protección en cada uno de los eventos y se hace énfasis que a partir de la protección a la maternidad, incorporada en los Convenios de OIT se ha podido equilibrar una situación de desigualdad en el empleo que padecen las mujeres, y que ha implicado un esfuerzo conjunto entre Gobierno, empleadores y trabajadores, que ha dado resultados, dado el impacto probadamente demostrado de tales políticas. Allí también se evidencia que, en el año 1919 solo 29 países tenían licencia de maternidad, en 1950 eran 40 países y en el 2010 el 97% de los países tenía una legislación con beneficios en la maternidad.

[366] A.H. Gauthier: The impact of economic crisis in family policies in the European Union (Bruselas, Union Europea, 2010), citado en el documento La maternidad y la paternidad en el trabajo. Legislación y práctica en el mundo, OIT, 2014.

[367] http://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/maternity-protection/publications/maternity-paternity-at-work-2014/lang--es/index.htm [368] No puede desligarse de este análisis lo señalado en las Recomendaciones 191 y 165 relacionadas con la licencia parental, cuya tendencia es la que permite retraer los argumentos sobre desprotección de la mujer gestante.

[369] Para este análisis era útil acudir a las Encuestas Nacionales sobre el Uso del Tiempo, en el que se evidencia el peso que tienen las labores de cuidado en el país http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema-2/pobreza-y-condiciones-de-vida/encuesta-nacional-del-uso-del-tiempo-enut , también cabe para el análisis entender sobre precariedad y derechos laborales de las mujeres que se realizan desde la sociología del trabajo, para el efecto puede consultarse Carrasquer, Pilar; Torns, Teresa (2007).

“Cultura de la precariedad: conceptualización, pautas y dimensiones. Una aproximación desde la perspectiva de género”. Sociedad y Utopía, nº 29, pp. 139-156 [370] Pueden consultarse, entre otras, las decisiones T-739 de 1998, T- 362 de 1999, T-809 de 1999, T-232 de 1999, T-315 de 1999, T-621 de 1999, T-806 de 1999, T-838 de 1999, T-1002 de 1999, T-005 de 2000, T-375 de 2000, T-406 de 2000, T-446 de 2000, T-494 de 2000, T-764 de 2000, T-832 de 2000, T-902 de 2000, T-911 de 2000, T-934 de 2000, T-1023 de 2000, T-1033 de 2000, T-1243 de 2000, T-1244 de 2000, T-1323 de 2000, T-1456 de 2000, T-1473 de 2000, T-1558 de 2000, T-1620 de 2000, T-467 de 2001, T-1101 de 2001, T-255ª de 2001, T-987 de 2001, T-1008 de 2001, T-1201 de 2001, T-1240 de 2001, T-207 de 2002, T-308 de 2002, T-439 de 2002, T-472 de 2002, T-1042 de 2002, T-909 de 2002, T-961 de 2002, T-1084 de 2002, T-167 de 2003, T-1138 de 2003, T-286 de 2003, T-028 de 2003, T-113 de 2003, T-529 de 2004, T-550 de 2004. T-469 de 2004, T-529 de 2004, T-900 de 2004, T-1062 de 2004, T-1085 de 2004, T-1236 de 2004, T-173 de 2005, T-291 de 2005, T-185 de 2005, T-228 de 2005, T-369 de 2005, T-404 de 2005, T-759 de 2005, T-889 de 2005, T-014 de 2006, T-160 de 2006, T-325 de 2006, T-546 de 2006, T-619 de 2006, T-021 de 2006, T-160 de 2006, T-325 de 2006, T-426 de 2006, T-487 de 2006, T-546 de 2006, T-589 de 2006, T-619 de 2006, T-873 de 2006, T-883 de 2006, T-1040 de 2006, T-1061 de 2006, T-053 de 2006, T-063 de 2006, T-217 de 2006, T-071 de 2007, T-145 de 2007, T-221 de 2007, T-354 de 2007, T-451 de 2007, T-531 de 2007, T-561 de 2007, T-578 de 2007, T-882 de 2007, T-906 de 2007, T-977 de 2007, T-1030 de 2007, T-1063 de 2007, T-195 de 2007, T-245 de 2007, T-412 de 2007, T-465 de 2007, T-495 de 2007, T-682 de 2007, T-761 de 2007, T-1008 de 2007, T-058 de 2008, T-084 de 2008, T-095 de 2008, T-352 de 2008, T-1043 de 2008, T-1245 de 2008, T-003 de 2008, T-113 de 2008, T-

141 de 2008, T-169 de 2008, T-440 de 2008, T-513 de 2008, T-549 de 2008, T-687 de 2008, T-825 de 2008, T-987 de 2008, T-1069 de 2008, T-1230 de 2008, T-371 de 2009, T-635 de 2009, T-649 de 2009, T-181 de 2009, T-721 de 2009, T-305 de 2009, T-471 de 2009, T-621 de 2009, T-635 de 2009, T-004 de 2010, T-069 de 2010, T-088 de 2010, t-204 de 2010, T-394 de 2010, T-484 de 2010, T-559 de 2010, T-699 de 2010, T-876 de 2010, T-927 de 2010, T-1000 de 2010, T-629 de 2010, T-667 de 2010, T-947 de 2010, T-1005 de 2010, T-174 de 2011, T-571 de 2011, T-886 de 2011, T-963 de 2011, T-021 de 2011,, T-105 de 2011, T-120 de 2011, T-054 de 2011, T-054 de 2011, T-707 de 2011, T-082 de 2012, T-126 de 2012, T-184 de 2012, T-180 de 2012, T-172 de 2012, T-598 de 2012, T-1045 de 2012, T-056 de 2012, T-900 de 2012, T-008 de 2013.

[371] Véase Estudio general de los informes sobre el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (Nº 156) y la Recomendación núm. 165, 1981. Informe III (Parte 4B), CIT, 80.ª reunión, 1993, párr. 266.Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, General Encuesta sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la OIT Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe III (Parte 1B), ILC, 101 Sesión, 2012, párrafo 782-786.

[372] La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en determinación CSJ SL3796-2017 sobre este aspecto indicó “Es que en atención a la denominación de ser un convenio «a término fijo con salario integral» fue que el sentenciador de segundo grado, con un criterio eminentemente formal, estimó perfectamente posible ensamblar en una misma figura jurídica el contrato a término fijo con el de duración de obra o labor, pese a que sus naturalezas son excluyentes, pues caracteriza al primero que las partes conozcan, de antemano, la fecha en la que la relación que las ata va a extinguirse, caso en el cual procede el preaviso y en la restante, aunque si bien no saben con certeza el día exacto de su finiquito, este se determina por la obra de la que emana y de la labor para la que allí fue contratado, sin que por tanto puedan existir prorrogas o renovaciones. En ese sentido, aparece como equívoco que el sentenciador estimara posible vaciar el contenido de cada una de las dos figuras jurídicas, no para ampliar los derechos que se encontraban en debate sino por el contrario para restringirlos, en la medida en que siendo la estabilidad en el empleo un aspecto fundamental en el desarrollo del derecho del trabajo, y encontrándose regulado su piso mínimo, no podía como lo hizo, permitir un contrato a término fijo sujeto a las contingencias administrativas de las prórrogas de una concesión, menos al arbitrio de la empresa la estabilidad la cual podía, sin más, y en contravía del propio artículo 46 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, terminar el contrato y continuarlo a su voluntad, evadiendo con ello el pago de las indemnizaciones”.

[373] Figura citada en la aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa a la Sentencia SU-054 de 2015. [374] Sentencia SU-070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[375] Gaceta Constitucional 85 , del 29 de mayo de 1991, p. 8. [376] Fundamentos 142 y siguientes. [377] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [378] Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[379] Ibíd . [380] Ibíd. [381] Ver, por ejemplo, Lora, Eduardo, “Desempleo femenino en Colombia: visión panorámica y propuestas de política”, en Arango Thomas, Luis Eduardo;

Lora, Eduardo y Castellani, Francesca (editores), Ob . Cit. , p. 3. [382] Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca (editores), Desempleo femenino en Colombia , BID, Banco de la República, Bogotá D.C., 2016.

[383] López Castaño, Hugo; Lasso Valderrama, Francisco, “ Diferencias por sexo en los flujos de trabajadores entre estados laborales y el futuro laboral de las mujeres colombianas”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 29-65. [384] Ibíd ., p. 61. [385] Ramírez Natalia, Tribín, Ana María y Vargas, Carmiña O, “Maternidad y mercado laboral: el impacto de la legislación”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 281-182. [386] Ver la incidencia de la distinción entre no participación en el mercado laboral y desempleo en la sigueinte sección.

[387] Tenjo Galarza, Jaime; Álvarez Vos, Oriana; Jiménez, María Camila, “Diferencias en las tasas de desempleo por género”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 6 7-98 [388] “ L os roles de proveedoras de cuidado y de responsables por el manejo del hogar hacen que tengan más dificultad en encontrar trabajos que les permitan compatibilizar dichos roles con los requerimientos de la vida laboral ”.

Ibíd ., p. 93. [389] Ibíd ., p. 94. Los autores subrayan, sin embargo, que también hay otros factores locales que generan efectos diferentes por género. Así, por ejemplo, las ciudades de la Costa Atlántica, que son de bajo desempleo en general, muestran las brechas de desempleo por género más grandes, mientras que las ciudades de la Zona Cafetera (Manizales, Pereira y Armenia), que se caracterizan por desempleo alto, tienen brechas mucho menores.

Ibíd., p. 95. [390] Duque, Juan C.; García, Gustavo A.; Herrera-Idárraga, Paula; López-Bazo, Enrique, “ Heterogeneidad regional en las diferencias por género de las tasas de desempleo”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 101-134. [391] Lora, Eduardo, “Desempleo femenino en Colombia: visión panorámica y propuestas de política”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , p. 13. [392] Morales, Leonardo Fabio; Cardona-Sosa, Lina, “Calidad de los vecindarios y oferta laboral femenina en un contexto urbano: un caso aplicado a la ciudad de Medellín”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 171-206. [393] Lora, Eduardo, “Desempleo femenino en Colombia: visión panorámica y propuestas de política”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , p. 18. [394] Cardona-Sosa, Lina; Morales, Leonardo Fabio, “E fectos laborales de los servicios de cuidado infantil: evidencia del programa Buen Comienzo”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 207-230. [395] Lora, Eduardo, “Desempleo femenino en Colombia: visión panorámica y propuestas de política”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca, Ob .

Cit. , pp. 18-19. [396] Información disponible en: https://www.dane.gov.co/files/faqs/faq_ech.pdf [397] Ver fundamento 124. [398] Aunque las nociones de “Tasa de Participación en el Mercado Laboral” y “Tasa de Desempleo” fueron precisadas con arreglo a la información del DANE, son utilizadas de la misma forma en estudios del Banco Mundial y de la OIT. Ver, a este respecto, OIT, “Indicadores Clave del Mercado de Trabajo (KILM)”, Ginebra, 2015, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_498940.pdf [399] Ver fundamento 127.

[400] Ver fundamento 128. [401] Ver fundamento 130. [402] Ramírez Natalia, Tribín, Ana María y Vargas, Carmiña O, “Maternidad y mercado laboral: el impacto de la legislación”, en Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo y Castellani, Francesca (editores), Desempleo femenino en Colombia , BID, Banco de la República, Bogotá D.C., 2016, p.

281.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm

Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.