

FUERO DE MATERNIDAD

Garantía a la estabilidad laboral*

En fin, hay que estudiar, hay que leer, hay que apreciar el pensamiento ajeno, que es tanto como amar la vida, ya que la discurremos e iluminamos entre todos.

Angel Osorio

Armando Rojas**

Resumen

En este tema de tanta importancia a nivel constitucional sólo vale preguntarse: ¿pacto contractual o la maternidad? ¿Cuál de los dos debe prevalecer? Esa ha sido la discusión que se ha presentado en la práctica y ha sido tema de discusión en las altas cortes.

Palabras clave: Maternidad, derechos fundamentales, mujer.

Abstract

In such an important constitutional topic it is just worth asking , «contractual pact or maternity?» Which of them must be prevalent? That has been the discussion presented in professional practice , and has been the discussion topic in the Courts.

Key words: Maternity, basic rights, woman.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2003

* Trabajo ganador del concurso nacional «Ensayo Jurídico», convocado para estudiantes de derecho, pregrado 2002, organizado por el Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Colombia.

** Estudiante de Derecho, Universidad del Norte. ar_roch@hotmail.com.

Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes de un país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance»¹.

Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras.

Es sorprendente la manera como el juez constitucional asumió con extrema responsabilidad la función de la defensa de los derechos constitucionales de las personas, dándoles en algunas providencias un alcance extremo a las normas constitucionales, convirtiéndose en un juez humanista, creando algunas veces el «caos» jurídico y, en otras, choques de esta corporación con otras dependencias del gobierno². Mediante la tutela T – 406 de 1992³ se observa la función humanista del juez de tutela; en unos de sus apartes establece: *«El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas– con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho»*.

Se entiende como otra función de la Corte Constitucional la defensa de la razón pública. Según John Rawls, la razón pública es *«la característica de un pueblo democrático: Es la razón de sus ciudadanos, de aquellos que comparten*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, T-426 de 1992.

² La Corte Constitucional mediante la sentencia C-893 del 2001 declaró inexecutable algunos artículos de la ley 640 del 2001, entre ellos la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ordinaria laboral. Mediante esa medida el Ministerio de Justicia pretendía reducir la terrible congestión de los despachos judiciales. Lo mismo sucedió con la ley 446 de 1998 mediante la sentencia C-160 de 1998.

³ Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

*la calidad de ciudadanía en pie de igualdad. El contenido de su razón es el bien del público: Lo que requiere la concepción de la justicia por parte de la estructura básica de la sociedad, es decir, de las instituciones, y de los propósitos y finalidades a los que [tales instituciones] deben servir».*⁴

Con esta introducción quiero destacar lo indispensable que ha sido el papel de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos de los trabajadores, en especial los que se encuentran en situación de inferioridad por ciertas condiciones que tienen que afrontar en el desempeño de sus labores, como es entre las mujeres el estado de gravidez. Es en ello donde podríamos encontrar justificación a las distintas decisiones de la Corte Constitucional, ya sea por vía de tutela (sentencias T), por vía de constitucional (sentencias C) o por medio de las sentencias de unificación (sentencias SU).

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas de nuestro ordenamiento jurídico que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que según Cabanellas de la Torre, «consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa»; en otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y agrego: en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores. Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permite, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo: que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago

⁴ RAWLS, John, *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 204 y 213.

de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador. La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez. La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña.

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalista del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta. También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo. Por ficción de la Corte Constitucional⁵ se consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. Puede ser tomado como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia. Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

⁵ Me mantengo en la posición de afirmar que ello sólo constituye principios, lineamientos sobre los cuales se debe crear el nuevo estatuto del trabajo, principios dirigidos exclusivamente al legislador. Ello es claro al establecerse expresamente que «la ley correspondiente *tendrá* en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales», no hay expresión alguna que establezca dar cumplimiento a su contenido, por lo tanto, me aparto de la decisión de la Corte Constitucional al respecto.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte de nuestro ordenamiento, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad⁶.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, «es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas publicas». Así lo enseña en la sentencia C-470 de 1997.

El fuero de maternidad, estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez. En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar

⁶ Los derechos laborales son derechos humanos, pues así son reconocidos universalmente: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), arts. 23 y 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Art. 14; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), arts. 7 y 8; Protocolo adicional a la convención americana de derechos humanos, en materia de derechos económicos sociales y culturales (1988), Art. 6; Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos (1981), Art. 15.

En la sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se detalla lo relacionado con el bloque de constitucionalidad.

obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora. Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

El artículo catorce del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y «por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley», pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad. En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o de cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. La Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción: «a) que el patrono haya despedido a la trabajadora, b) que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso, c) que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar se faltare éste»⁷. Del mismo modo se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida; así se puede observar en la tutela 373 de 1998.⁸

La Corte Constitucional ha establecido que no es viable la acción de tutela para proteger los derechos de la trabajadora embarazada que ha sido retirada del cargo, ya que tiene otros medios a su disposición para la protección de sus derechos, como es la vía ordinaria ante el juez laboral del

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia de septiembre 2 de 1969.

⁸ Entre otras sentencias, la T -426 de 1998.

circuito en el caso de la trabajadora oficial o la trabajadora privada, y ante el contencioso administrativo si es empleada pública. No obstante ha establecido dos excepciones a la regla señalada: en primer lugar, si se trata de proteger el mínimo vital, y en segundo lugar, siempre que resulte flagrante la arbitraria trasgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección establecida en los artículos 13, 44, 43, 53 de la Constitución nacional. Bajo esta situación, la tutela puede ser presentada como medio transitorio para que quien le haya sido vulnerado un derecho fundamental no sufra un perjuicio irremediable por causa de ese acto; así lo tiene establecido el artículo 8 del decreto 2591 de 1991: «pero en todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela, si no la instaura serán los efectos de éste (la decisión que causó la acción)». Luego del término durante el cual tiene efecto la tutela, la trabajadora que la presentó debe acudir al juez competente, ya sea ante el Tribunal Contencioso Administrativo, si es empleada pública, o ante el juez laboral del circuito en el caso de la trabajadora oficial o empleada privada. En ambos casos se debe solicitar que se declare la ineficacia del despido, o el reconocimiento de la correspondiente indemnización, según sea el caso. Debe anotarse que si se trata de una trabajadora oficial debe agotar la reclamación administrativa antes de acudir al juez laboral del circuito⁹.

Merece especial atención observar la situación del fuero de maternidad frente a las situaciones en que la labor de la trabajadora es breve, como sucede en el contrato a término fijo; es necesario definir en qué casos se garantiza esa protección legal. Si el contrato a término fijo finaliza por cumplimiento del término fijo pactado, el fuero de maternidad no entra a operar, ya que estamos frente a una causal de terminación del contrato de trabajo. El fuero de maternidad sólo se limita al despido presunto por causa del embarazo, caso en el cual el empleador no estaría obligado a reconocer a favor de la trabajadora indemnización alguna u otra prestación por razón del estado de gravidez de la trabajadora; pero el discurso no termina allí. La Corte Constitucional ha señalado en diversas providencias que: «el sólo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de

⁹ Por este medio el trabajador oficial que se vea perjudicado por una decisión de la administración puede reclamar ante ella, manifestándole la razón de su desacuerdo, puede pedirle a ésta que aclare, revoque o modifique esa decisión. Dentro de la jurisdicción laboral ordinaria es factor de competencia; sin el cumplimiento de este requisito la demanda será rechazada de plano. Anteriormente llamada reclamación administrativa, este recurso adquirió personalidad propia con la reforma al Código de Procedimiento Laboral, que desde el 9 de junio de 2002 se llama Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, sólo así se garantizará, de una parte, la efectividad del principio de la estabilidad, en cuanto «expectativa cierta y fundada» del trabajador de mantener su empleo». ¹⁰ Y agrega: «Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato a término fijo». Una vez más es evidente el papel garantista de la Corte Constitucional, al reconocer a favor de la trabajadora el fuero de maternidad así el contrato haya terminado por el cumplimiento del acuerdo inicialmente pactado entre las partes acerca de la duración del nexo laboral. Es excederse de lo establecido en las normas laborales, las cuales son de orden público; no es aceptable extender el campo de aplicación del artículo 239 del C.S.T., que sólo se limita al despido de la mujer en estado de embarazo a una situación totalmente distinta, como es el de la terminación del contrato a término fijo. Dejar sin efecto por vía de tutela el acto jurídico en que se da término a un contrato a término fijo, es atentar en contra de la seguridad jurídica, y lo peor de todo, aumenta el temor en la contratación de mujeres en estado de gestación, porque no basta el término inicialmente pactado para dar por terminado un contrato de trabajo; por lo tanto, el empleador se vería obligado a aceptar a esa trabajadora si por vía de tutela el juez ordena el reintegro. Es obvio que no sucederá en todas las situaciones, porque es evidente que en cada situación en particular determinará la decisión del juez de tutela, como podría suceder en el caso de una trabajadora que por causa de la terminación del contrato viera vulnerado su mínimo vital. Sin embargo, ha quedado sentado el precedente. En el evento que el preaviso en el cual el empleador manifiesta dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo y la fecha establecida para la finalización del nexo laboral coincida con la época en que la trabajadora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad o de cualquier otro descanso remunerado por causa del embarazo, no produce efecto alguno, dicho acto es ineficaz, así lo establece el inciso segundo del artículo 241 del C.S.T.

La situación es mucho más delicada cuando se está en presencia del fuero de maternidad frente al período de prueba, que según mi punto de vista es la etapa del contrato de trabajo en que se presenta algo más que inestabilidad, ya que sólo basta que el empleador manifieste su inconformidad respecto de la labor del trabajador en prueba para dar por termina-

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-326 de 1998. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

do el contrato de trabajo. No es necesario presentar justa causa; en este caso la teoría de la estabilidad laboral establecida por la Corte Constitucional no operaría, ya que la terminación del contrato por período de prueba parte del supuesto de falta de aptitud del trabajador para el desempeño de la labor contratada. Recuérdese que la estabilidad laboral se circunscribe a la permanencia del cargo mientras «el trabajador cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato»¹¹. Es cierto que el fuero de maternidad opera desde el momento en que la trabajadora comunica al empleador, por cualquier medio idóneo, su estado de gravidez. Respecto a las tres situaciones expuestas (período de prueba, estabilidad y fuero de maternidad) me pregunto: si el empleador tiene plena libertad para dar por terminado el contrato por período de prueba, ¿cómo se puede garantizar la estabilidad de la trabajadora que goza de fuero de maternidad? Hasta ahora no he sabido de pronunciamiento alguno que haga relación a la situación que acabo de plantear; por lo tanto, se necesita de la intervención de las altas cortes para que por medio de sus providencias establezcan la salida a esta situación de tanta importancia social.

Los trabajadores menores de edad también gozan de fuero de maternidad, pero no en la misma forma en que está establecido en el artículo 239 y 241 del C.S.T. La legislación del menor, establecida en el decreto 2737 de 1989 y sus reglamentarios, tiene como objeto la especial protección del menor de edad, con el fin de evitar que éste experimente situaciones irregulares, las cuales van en detrimento de su normal desarrollo síquico y emocional. En el título IX, capítulo VI, correspondiente a la seguridad social del menor trabajador, se establece que «no se podrá despedir a trabajadores menores de edad cuando se encuentren en estado de embarazo o durante la lactancia, sin autorización de funcionario encargado de la vigilancia y control del trabajo de menores. El despido que se produzca sin esta autorización no produce efecto alguno»¹². La norma antes citada confiere una estabilidad laboral absoluta, en cuanto fuero de maternidad, hacia la menor trabajadora, al establecer que el despido es ineficaz cuando se realice en la época comprendida desde el momento en que la trabajadora comunique al empleador, por cualquier medio idóneo, su estado de gravidez hasta el momento en que finalice el período de lactancia, la cual debe entenderse que es el periodo fijado en la legislación laboral, que

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-588 de 1998.

¹² Artículo 260 del Código del Menor.

establece que será durante los primeros seis meses de edad del hijo de la trabajadora aforada. En la legislación del menor no se hace referencia a indemnización alguna por causa del despido, lo que es entendible si la misma norma del artículo 260 del Código del Menor establece que no produce ningún efecto el despido: «Si la indemnización es porque el despido se produjo, el efecto de terminar el contrato, y si es ineficaz ese despido, no puede producir tal efecto. Es decir, el despido no puede a la vez ser y no ser tal»¹³. El fuero de maternidad en los menores de edad no extiende su protección, al igual como sucede en el Código Sustantivo del Trabajo, a las causales generales de terminación del contrato de trabajo establecidas en el artículo 61 de esa misma codificación, a excepción de la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, ya que para que fenezcan los efectos del contrato por esta razón se necesita autorización del inspector del trabajo, lo que no sucede bajo la aplicación del artículo 239 del C.S.T., en la cual el empleador, alegando justa causa, puede dar por terminado el contrato de trabajo, en el caso en que no esté disfrutando de la licencia de maternidad o de otro descanso remunerado por causa del embarazo, con el pago de las indemnizaciones y prestaciones correspondientes. Acerca de los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada, es totalmente aplicable por vía de tutela, siempre y cuando cumpla con los presupuestos señalados en la sentencia T-373-1998.

En cuanto a la situación de las trabajadoras que prestan sus servicios a las empresas de servicios temporales (E.S.T.) en calidad de trabajadoras en misión que por la resumida duración del contrato de trabajo, el cual no puede ser superior a un año en ningún caso, se ve afectada la plena garantía del fuero de maternidad. Son varias las situaciones que afectan su sana aplicación: a) El contrato de los trabajadores en misión tiene como fin realizar labores de corta duración, ya sea para atender «incrementos en la producción, transporte, las ventas de productos o mercancías; realización de labores ocasionales, accidentales o transitorias; cuando se requiera reemplazar personal, en vacaciones en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. Lo que indica que este contrato subsiste mientras existan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, lo que en la práctica se fija presuntivamente al limitar su duración a un término fijo; de esa manera las E.S.T. se evitan malos entendidos en cuanto a la duración de la relación laboral. De lo anterior concluyo que bajo esta

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia de mayo 11 del 200. M.P. Germán Valdez Sánchez.

situación el fuero de maternidad no opera: en primer lugar, como lo he comentado anteriormente, es terminación del contrato de trabajo por cumplimiento del plazo inicialmente pactado; en ningún caso se puede hablar de despido. En segundo lugar, si nos inclinamos por la doctrina de la Corte Constitucional sobre la estabilidad laboral en el contrato de trabajo a término fijo, considero que no tendría aplicación, debido a que la misma ley 50 de 1990 establece taxativamente el objeto del contrato con los trabajadores en misión, limitados por la naturaleza excepcional de la labor, que como se observa son limitados: podríamos decir que aún subsisten las causas que le dieron origen al contrato con la trabajadora en misión, cuando el personal que reemplazó entró a laborar por la terminación del período de vacaciones o porque terminó el período de licencia; al presentarse esa situación obviamente se desplaza a la trabajadora en misión y entra el personal de planta de la empresa usuaria, que sí goza de un vínculo sólido con aquélla. b) La indiferencia del Ministerio del Trabajo, como institución creada para conocer de la posible violación de las normas laborales ante la situación de indefensión de las trabajadoras en misión, que en la mayoría de las veces deben afrontar las arbitrariedades de las empresas de servicios temporales, que ignoran las garantías que la legislación laboral les ofrece a los trabajadores. Recientemente la Corte Constitucional mediante la sentencia T-1101 del 2001 ordenó la reestructuración del Ministerio del Trabajo, con el fin de ejercer mejor vigilancia sobre las empresas de servicios temporales, para evitar que se sigan cometiendo estas arbitrariedades, sobre todo en lo relacionado con las garantías a la trabajadora en misión que se encuentre en estado de gravedad.

Extensión del fuero de maternidad. Lo llamo así porque no es exactamente la trabajadora en estado de gravedad lo que se protege; ello sucede en el caso de la adopción, donde el trabajador o la trabajadora gozan de estabilidad laboral reforzada, por el tiempo establecido, dependiendo de la situación, como a continuación se verá. En lo relacionado con la adopción, siempre y cuando el adoptado no sea mayor de siete años, se le aplicará al adoptante las mismas garantías establecidas para la madre biológica en lo procedente; se tomará como fecha de nacimiento la fecha en que se celebró la adopción del menor. Acerca de ello es necesario realizar algunos comentarios para una mejor comprensión: a) El fuero de maternidad opera con la presentación del documento que pruebe la adopción del menor. b) El despido que se realice desde la fecha de la adopción hasta las doce semanas siguientes –a excepción de que se haya cedido una semana al compañero o la compañera permanente, caso en el cual será de once semanas– es plenamente ineficaz, salvo que se haya obtenido la autorización por parte del inspector del trabajo. En este caso, la persona que haya hecho la adopción goza de

estabilidad laboral absoluta, por consecuencia del fuero de maternidad, en virtud de lo establecido en el artículo 241 del C.S.T. c) La vigencia del fuero de maternidad es de tres meses, contados a partir de la fecha de adopción. d) Por sustracción de materia, al trabajador adoptante no le es aplicable el descanso remunerado durante la lactancia, lo que indica que es por sólo tres meses.

Si se presenta aborto o parto prematuro no viable, la licencia de maternidad sólo se limita de dos a cuatro meses, dependiendo del tiempo que tome la recuperación de la trabajadora; lapso durante el cual la trabajadora goza de fuero de maternidad y cualquier despido que se realice es ineficaz, salvo con autorización del inspector del trabajo. Todo esto sin perjuicio de las garantías sobre fuero de maternidad de que gozó la trabajadora al momento anterior del aborto o del parto prematuro no viable.

La doctrina que actualmente considera la Corte Constitucional para efectos del fuero de maternidad y la ineficacia del despido de una trabajadora que se encuentre bajo el estado de gravidez, está señalada en la sentencia C-470 de 1997, respecto a la cual es conveniente realizar algunos comentarios. En esta sentencia la Corte concluye 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 o no justa causa probada para el despido», con lo cual unificó lo establecido en el artículo 239, que se refiere a la duración del fuero de maternidad, con los efectos del artículo 241, que establece la nulidad del despido cuando la trabajadora es despedida cuando se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad. Con esta medida la Corte Constitucional busca garantizar plenamente los derechos a favor de la trabajadora en estado de gravidez, evitando celosamente cualquier intento de discriminación por razón del embarazo.

Considero que lo expuesto por esta corporación es una medida extremadamente garantista que choca con la correcta interpretación de los artículos 239 y 241 del C.S.T., que reconocen el fuero de maternidad. Siguiendo una correcta interpretación de estas dos normas, se observa que operan de manera independiente, bajo supuestos bien definidos que impide cualquier interpretación errónea. Tal como lo enseña la Corte Suprema de Justicia, el artículo 239 del C.S.T, con la modificación introducida por el artículo 35 de la ley 50 de 1990, no contempla la ineficacia del despido de la trabajadora «durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente. Prevé la prohibición de despedir por motivo del embarazo o

lactancia, lo cual presume, y en tal evento la decisión patronal no podrá producir efectos, cualquiera que sea el momento en que se presente, pero también contempla el despido sin autorización de la autoridad competente, por motivos distintos al embarazo, y en tal caso señala las consecuencias de tal evento, las que sólo pueden materializarse en la medida en que efectivamente el despido produzca su efecto natural, que es la terminación del contrato de trabajo»¹⁴.

El artículo 239 reconoce el fuero de maternidad por un tiempo prudente, comprendido desde el momento en que la trabajadora notifica al empleador de su estado de gravidez hasta los tres meses posteriores al parto. Esto se divide en tres momentos: el primero, comprendido desde la notificación del estado de gravidez hasta el momento en que empieza a disfrutar de la licencia doce semanas; el segundo comprende la época en que la trabajadora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad; y el tercero desde el momento en que finaliza la licencia de maternidad y no se han cumplido los tres meses posteriores al parto. En el primer evento, el empleador puede despedir a la trabajadora con la autorización del inspector del trabajo, caso en el cual el despido produce plenos efectos y no se genera indemnización alguna; pero también puede suceder el evento que el despido se efectúe sin la autorización del inspector del trabajo, caso en el cual hay que preguntarse si es con justa causa o si fue un despido arbitrario: en el primer evento, el despido produce plenos efectos, ya que se desvirtúa la presunción establecida en el artículo 239 del C.S.T. debido a que la relación laboral fenece por causas propias del contrato y no del embarazo; obviamente, el empleador al efectuar el despido debe manifestar la causal o motivo de esa determinación, ya que posteriormente no podrá alegarse causales o motivos distintos¹⁵, sin perjuicio de la obligación de reconocer a la trabajadora cesante las indemnizaciones establecidas en el artículo 239 del C.S.T. y demás convencionales que sean exigibles. En el segundo evento, caso en el cual el despido es arbitrario, el empleador debe indemnizar plenamente a la trabajadora, debido a que se presume que el despido obedeció a causa del

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 13.561, mayo 11 del 2000. Magistrado ponente Germán Valdés Sánchez.

¹⁵ No sólo debe tenerse en cuenta la tipificación de la conducta con la ley, reglamento, acuerdo (pacto o convención colectiva), contrato de trabajo, que sancione el acto con al terminación del contrato por justa causa; es esencial que se tome la determinación de fenecer el contrato de trabajo en un tiempo prudente al momento en que se cometió el acto o cuando el empleador o su representante tuvo conocimiento del hecho, porque de lo contrario, y así lo ha entendido la jurisprudencia, el empleador ha aceptado el acto cometido; además de los demás aspectos que debe tenerse en cuenta para la terminación del contrato de trabajo por justa causa, los cuales no entraré a mencionar por no corresponder al objeto de este ensayo.

embarazo de la trabajadora, lo que le obliga a reconocerle las indemnizaciones establecidas en el artículo 239 del C.S.T., sin perjuicio de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, la cual se fijará dependiendo del tipo de contrato que vinculaba a las partes y de otras indemnizaciones de origen convencional; debe aclararse que el despido produce plenos efectos. El segundo momento, cuando la trabajadora se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad o de cualquier otro descanso remunerado, establecido en el título VIII, capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, cualquier despido que se efectúe no produce efecto alguno, salvo que se cuente con la autorización del inspector del trabajo, el despido es plenamente ineficaz, no nace a la vida jurídica, por lo tanto no produce efectos jurídicos (estabilidad laboral absoluta, plena garantía del fuero de maternidad); esto no excluye la posibilidad de terminar el contrato por justa causa, pero es indispensable la intervención del inspector del trabajo para que lo autorice, ya que el empleador no lo puede hacer directamente, de lo contrario se producen los efectos que acabo de mencionar. El tercer momento, finalizada la licencia de maternidad y lo restante de los tres meses posteriores al parto, el fuero de maternidad opera en forma equivalente a lo establecido en el primer momento, razón por la cual no merece comentario; pero sí es necesario referirnos a lo relacionado con el período de lactancia, momento en el cual la trabajadora goza de fuero de maternidad sólo durante el momento en que el empleador le concede los treinta minutos de la jornada para amamantar su hijo, sin perjuicio de que ello sea acumulable, hasta los primeros seis meses de edad de la criatura; ello se deriva de lo establecido en el artículo 241 del C.S.T., que establece que «el patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora *que esté disfrutando de los descansos remunerados* de que trata este capítulo... no producirá *efecto alguno* el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos». Es cierto que su aplicación sería nula por el corto tiempo que comprende esta situación, pero para fines académicos era necesario precisar lo.

El período de licencia puede ser reducido a once semanas en el caso en que la trabajadora beneficiaria decida ceder una semana de esa licencia a su esposo o compañero permanente. En este caso, la duración del fuero de maternidad no se ve afectada, ya que su duración es a partir de la notificación hasta los tres meses posteriores al parto y en nada incide la cesión de la semana en ello; pero sí afecta los efectos de la ineficacia del despido cuando éste se efectúa durante la licencia de maternidad, el cual, que en principio era de doce semanas, pasa ahora a ser de sólo once semanas.

Efectos del fuero de maternidad. Despido ineficaz. Estabilidad laboral absoluta. Reintegro de la trabajadora. Es cierto que no en todos los casos se produce el reintegro de la trabajadora; eso sucede sólo si se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 241 del C.S.T. En materia laboral, el efecto de la ineficacia del despido conlleva a la aplicación del artículo 140 del C.S.T., que establece que el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio cuando éste haya sucedido por culpa o por disposición del empleador. Pero no sólo se limita al concepto de salario; del mismo modo debe percibir las prestaciones sociales, ya sean legales o convencionales, a las cuales tenga derecho. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se pronunció: «Si la ley tiene por ineficaz un despido, no hay lugar a reclamar judicialmente la anulación del mismo sino la declaratoria de su ineficacia, ya que esta ineficacia ocurre *ipso jure* desde el mismo momento de la emisión del acto recisorio, vale decir que es un hecho jurídico anterior a la sentencia, la cual sencillamente lo reconoce (...) b) se procede a la declaratoria de ineficacia, y corresponde entender que el respectivo contrato no terminó por el despido cuestionado sino que siguió vigente aún después del mismo. c) al paso que la ineficacia del despido coloca al trabajador en la situación del artículo 140 del C.S.T. (...) esto implica que el empleado tiene derecho a los salarios y demás emolumentos salariales que le corresponde al servidor activo, hasta el que el empleador accede a ofrecerle trabajo o finalice eficazmente el nexo laboral mediante cualquiera de los modos válidos de terminación (...) d) (...) la acción para declarar la ineficacia de un despido, dado que lo que se busca es el reconocimiento judicial de un hecho anterior, *no prescribe*, en cuanto tal, sino que prescriben ordinariamente los derechos que sucesivamente se van causando como consecuencia de hallarse el trabajador en la situación del artículo 140». ¹⁶

Con la expedición de la ley 50 de 1990 el legislador, en cuanto al fuero de maternidad, se propuso brindarle a la trabajadora en estado de gravidez la protección de su puesto de trabajo, con la finalidad de garantizarle a ella y a su futuro hijo los medios económicos indispensables para tener una digna bienvenida a la vida terrenal, la cual en las mayorías de las veces sólo se obtiene con los ingresos que se percibe por medio del salario, de allí que sea indispensable reforzar la estabilidad laboral. Debilitar esa protección es permitir el despido arbitrario por parte del empleador, que algunas veces se encuentra cegado por el afán de obtener mayor beneficios con

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia 6684 del 2 de diciembre de 1994.

menos gastos, ya que en nada le conviene tener dentro de su personal una trabajadora que no produzca debido a que se encuentra gozando de una licencia de maternidad. Lamentablemente es cierto que en Colombia la aplicación de estas garantías a favor de la trabajadora en estado de gravidez no goza de la plenitud que al momento de su creación se pretendía imponer en las relaciones laborales. Es indispensable la labor del Ministerio del Trabajo, que por medio de sus inspectores vele por la defensa de los derechos de los trabajadores, quienes siempre se encuentran en desventaja en la balanza compuesta por capital y trabajo; su reestructuración es la tarea inmediata que el ejecutivo o el legislador deben realizar. Ojalá den cumplimiento a la orden impuesta por la Corte Constitucional en la sentencia T-1101 del 2001, y no sólo en cuanto a las empresas de servicios temporales, sino que esto debe ser un cambio radical e integral, que comprenda todas sus áreas de acción, porque no sólo la maternidad es el mal que agobia a las trabajadoras, sino otros aspectos, como es el trabajo infantil, respecto al cual los menores se encuentran desprotegidos, expuestos a toda clase de abusos y a continuas violaciones de las normas que los protegen, contempladas en el estatuto laboral y en el Estatuto del Menor; que no sea letra muerta, acción y protección, porque estamos frente a derechos de carácter social; no se trata de máquinas contratadas para la producción, son personas con derechos fundamentales y sociales las que se contratan para la producción. Como lo dije en principio, Colombia es un Estado Social de Derecho.