



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL1319-2018

Radicación n.º 51585

Acta 10

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **GLORIA INGRID FORERO BAUTISTA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de enero de 2011, en el proceso que la Recurrente instauró en contra de **URIBE SANABRIA Y CIA LIMITADA «USANAR LIMITADA»**.

I. ANTECEDENTES

GLORIA INGRID FORERO BAUTISTA demandó a la sociedad URIBE SANABRIA Y CIA LIMITADA «USANAR LIMITADA», con el fin de que se declare la nulidad del despido del que fue objeto sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 del C.S.T, en aplicación de la estabilidad laboral de la que gozaba por ser mujer en estado de embarazo; en

consecuencia solicitó se condenara a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido, o a uno de igual o superior categoría y en las mismas condiciones de trabajo, remuneración; así mismo impetró el pago de los salarios dejados de percibir, con los incrementos que se llegaren a causar desde la fecha del despido hasta que se haga efectivo el reintegro y se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

Subsidiariamente suplicó la condena a la accionada por concepto de la indemnización por despido ilegal y sin justa causa, de igual forma se ordene pagarle los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios que tuvo que asumir, los intereses a las cesantías, los aportes a la seguridad social desde el despido hasta que se produzca el reintegro, la indemnización moratoria, la indexación o corrección monetaria sobre la indemnización y sobre los salarios y prestaciones sociales y demás acreencias laborales; reclamó también el reconocimiento de los demás derechos que resulten probados por la aplicación de facultades ultra y extra *petita*, y finalmente que se grave a la pasiva con las costas y agencias a las que haya lugar.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se vinculó con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo el 19 de abril de 2006, para desempeñar el cargo de coordinadora administrativa y financiera, con un salario de \$1.000.000 mensuales; que el 11 de enero de 2007, solicitó al otrora Ministerio de la Protección Social su intervención

en razón al acoso laboral que sufría en la empresa luego de que les comunicó su estado de embarazo, trámite en el que se celebró una audiencia el 5 de febrero de 2007. Que se enteró que la empleadora solicitó autorización para despedirla. Arguyó que, pese a que no había obtenido una respuesta favorable a la anterior petición, el 12 de abril de 2007, la empleadora le comunicó la terminación del contrato de trabajo a partir del 24 de mayo de la referida anualidad; que el 28 de febrero de 2007 nació su hija, parto que, debido al estrés en el trabajo, fue de alto riesgo. Finalmente agregó que el 30 de abril de 2007 la sociedad pidió al Ministerio de Trabajo el archivo del trámite de permiso para despedirla, en razón a que consideró que el periodo de protección vencía el 24 de mayo de 2007.

Al dar respuesta a la demanda la parte accionada se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos admitió la vinculación laboral, el cargo y el salario; sostuvo que el contrato terminó el 24 de mayo de 2007, época para la cual la trabajadora ya no contaba con la protección foral por maternidad, teniendo en cuenta la comunicación de aquella a través de la cual les informó que la incapacidad de maternidad iba hasta el 22 de mayo de 2007.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la causa *petendi* y de las obligaciones reclamadas, carencia del derecho invocado y terminación del contrato por justa causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 28 de enero de 2009 (folios 164 a 172), condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto en la suma de \$1'066.666,66, debidamente indexada, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la pasiva.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 28 de enero de 2011, al resolver el recurso de apelación que interpuso la parte actora, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada e impuso condena en costas a la demandada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, como fundamento de su decisión, que la terminación del contrato de trabajo se *«materializó»* el 24 de mayo de 2007 *«vencido el periodo de lactancia como se dedujo por el a quo sin discusión en el recurso de alzada»*. Se remitió a los artículos 241 del CST y 10 del Decreto Reglamentario 995 de 1968, luego de lo cual señaló que la determinación de la empleadora no se encuentra reprochable, pues el antes citado respetó la estabilidad laboral, ya que, si bien se comunicó la terminación de la relación laboral durante el periodo de lactancia, el despido se materializó una vez expirado éste.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la actora, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se condene a la accionada al reconocimiento y pago de las pretensiones principales de la demanda.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que mereció réplica y que a continuación se resuelve.

VI. CARGO ÚNICO

El único cargo lo formula la censura de la siguiente manera: *«la sentencia acusada viola indirectamente la ley sustancial en la modalidad de APLICACIÓN INDEBIDA de los artículos los artículos(sic) “1, 13, 29 y 43 de la Constitución; 45, 239, subrogado por el art. 35 de la Ley 50 de 1990, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo; 71 y 77 de la Ley 50 de 1977; 51, 52 (modificado por el art. 23 de la Ley 712 de 2001); artículos 51, 60, 61 y 145 del C.P. del Trabajo y de la S.S.; 17, 187, 194, 195, 228, 252, 253, 254 del Código de Procedimiento Civil».*

El recurrente endilga la comisión de los siguientes errores manifiestos de hecho:

Primero: No dar por demostrado, estándolo, para efectos de las pretensiones principales, que la licencia de maternidad se extendía hasta el 28 de mayo de 2007

Segundo: No dar por acreditado, siendo evidente, que el despido se materializó durante la licencia de maternidad.

Tercero: Dar por demostrado, sin estarlo, que el despido se materializó a la expiración de la licencia de maternidad.

Como pruebas dejadas de apreciar denunció las siguientes documentales: 1) Registro civil de nacimiento (folio 35), 2) Carta de fecha 30 de abril de 2007 (folio 25), 3) Liquidación de prestaciones sociales (folio 30); y la declaración de parte (folios. 135 a 136). Y como pruebas erróneamente apreciadas, las documentales: 1) Carta de despido del 12 de abril de 2007 (folio 24); y 2) Carta de fecha 4 de mayo de 2007 (folio 26); y la declaración de parte.

Con relación al primero y segundo de los errores mencionados, dijo que *«el juzgador de segundo grado apreció en forma indebida las pruebas documentales relacionadas y la declaración de parte rendía(sic) por la demandante»*, que lo condujo a abstenerse de declarar la ineficacia del despido el 24 de mayo de 2007 y, por ende, disponer la protección, pues *«la licencia de maternidad»* de la señora Forero Bautista se extendía desde el 28 de febrero hasta el 28 de mayo de 2007, lo cual se deriva del registro civil de nacimiento.

Añadió que en la diligencia de interrogatorio de parte al dar respuesta a la tercera pregunta, que transcribió, dijo que *«mi representada estaba refiriéndose al tiempo de duración del contrato de trabajo, pero en ningún momento*

estaba confesando sobre la fecha de terminación de la licencia de maternidad, como lo da a entender el H. Tribunal cuando entre paréntesis anota "(ver, además declaración de parte de la demandante, respuesta a la pregunta 3, folio 133) ...", máxime, bajo la existencia de prueba documental contra evidente que informa de manera cabal la extensión de la licencia de maternidad, quedando más que claro la errónea interpretación de esta prueba que hizo el Ad-quem».

Para demostrar el tercer error de hecho que calificó de evidente, señaló que con el registro civil de nacimiento se indicaba al juzgador que la vigencia de la licencia de maternidad era desde el 28 de febrero hasta el 28 de mayo de 2007, que dado que el contrato de trabajo se terminó el día 24 de este último mes, *«se concluye sin esfuerzo alguno que la desvinculación de la trabajadora se efectuó sin haber expirado la licencia de maternidad».*

Concluyó que los errores mencionados son determinantes como quiera que de haber tenido en cuenta el juzgador que la licencia se extendía hasta el 28 de mayo de 2007 y que el contrato terminó el 24 de ese mismo mes, se produjo dentro del periodo de protección que establece la ley y, por tanto, hubiera accedido a las pretensiones principales de la demanda.

VI. RÉPLICA

Sostiene el opositor que el recurrente ha debido precisar el alcance de la impugnación, dado el carácter dispositivo de este recurso extraordinario, y separar debidamente la labor de la Corte en sede de casación y en

instancia, pues solamente expuso un alcance general sin señalar si la sentencia de primera instancia debe ser revocada o modificada y solicitar la respectiva condena. Considera que el yerro que se le endilga a la providencia al no atender la fecha del registro de nacimiento, es intrascendente, pues lo cierto es que la trabajadora no entregó a la empresa el respectivo certificado médico a que se refiere el artículo 236 del CST, con el fin de que pudiera cumplir con sus obligaciones de protección, al tener presente la indicación del día probable de parto. Que si bien los juzgadores tomaron como fecha de nacimiento el 24 de febrero de 2007, ello obedeció a que la demandante no probó en el proceso que hubiera informado al empleador la fecha probable o aquella en la que efectivamente ocurrió el parto, y si se avisó posteriormente, esa circunstancia no permite fundar un error de hecho.

Se remite a la respuesta a la octava pregunta en la que la extrabajadora afirmó que *«quedé en embarazo el día 25 de junio de 2006»*, luego de lo cual, infirió que *«era razonable que la empresa tomara como fecha probable para activar el periodo de protección, la del 24 de febrero de 2007, con el fin de ejercer el derecho al preaviso y dar por terminado el contrato de trabajo una vez terminara la garantía de protección a la demandante»*; de lo cual concluye que la empresa actuó según la información suministrada por la trabajadora.

VII. CONSIDERACIONES

Acierta el opositor al reprochar la imprecisión y contradicción que presenta el alcance de la impugnación, pues aunque se pide la casación total del fallo, no se concreta puntualmente lo que debe anularse, y si se entendiera que lo pretendido es el reintegro y sus consecuencias, este resulta incompatible con la única condena impuesta por el juzgador de primer grado, relativa a la indemnización por despido injusto.

No obstante lo anterior y para no hacer nugatorio por exceso de rigor formal en el estudio del recurso, la Sala entiende que al solicitar la casación total de la sentencia proferida por el tribunal y, como consecuencia, se acceda a las pretensiones principales de la demanda, ello impondría como lógica consecuencia, la revocatoria de la condena por indemnización por despido que se impuso en primera instancia, para que se acceda a las peticiones principales, entre éstas el reintegro, el cual es incompatible con el resarcimiento ordenado por el juez.

Definido lo anterior, se advierte que la inconformidad planteada por el recurrente radica en la comisión de tres errores de hecho, todos dirigidos a que no se tuvo en cuenta por la sala juzgadora, que la licencia de maternidad otorgada a la trabajadora Gloria Ingrid Forero Bautista se extendía hasta el 28 de mayo de 2007, y como quiera que el contrato se terminó a partir del 24 de ese mismo mes y año, era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por embarazo de que trata el artículo 239 del CST; y a dichos

yerros arribó por no haber apreciado el registro civil de nacimiento de la hija de la accionante que da cuenta que el mismo tuvo lugar el 28 de febrero de 2007 y haber apreciado erróneamente el interrogatorio de parte, entre otras pruebas.

Como primera medida se hace necesario que la Corte entre a reiterar su criterio sobre la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia; posteriormente, se estudiará si el juzgador incurrió en los errores de hecho denunciados por la censura y se emitirá la decisión que corresponda.

- Estabilidad laboral reforzada por embarazo o lactancia

En reiterada jurisprudencia esta Sala de la Corte ha insistido en la necesidad de proteger a la mujer en estado de embarazo, no solo a partir de los lineamientos constitucionales y legales internos, sino de la legislación internacional ratificada por Colombia que obliga a impartir una especial protección a este grupo poblacional históricamente discriminado. Es así como en la sentencia SL4791-2015, esta Corporación sentó lo siguiente:

Pues bien, esta Sala se ha pronunciado sobre las diferentes situaciones que se pueden presentar frente a la desvinculación de trabajadoras en estado de embarazo o en periodo de lactancia, para lo cual ha reiterado la especial protección que la legislación laboral pretende brindar a la maternidad, como una acción positiva para contrarrestar las manifestaciones y los efectos de la discriminación de que son objeto las mujeres en condición de gravidez, debido a que dicho estado se asocia a eventuales sobrecostos generados para los empleadores o a ocasionales incomodidades de salud de la trabajadora.

Así, se ha considerado que no produce efectos el despido perpetrado en el momento del embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, presumiéndose que tal actuación obedece a un acto discriminatorio por causa o en razón del embarazo, cuando no se cuenta con la debida autorización del Inspector del Trabajo, al tenor de lo preceptuado por el art. 239 del C. S. del T.

[...]

En efecto, el carácter de progresión social que identifica al derecho Laboral y de la Seguridad Social, le impone a esta Corporación orientar su jurisprudencia hacia una cobertura más amplia de la trabajadora embarazada como sujeto de especial protección durante el periodo de gestación y después del parto, dada la importancia social de la maternidad y la usual discriminación de la mujer en razón de ésta.

Ese direccionamiento, debe provenir de una lectura armónica de la legislación nacional e internacional –que hace parte del ordenamiento jurídico interno- que ha puesto en marcha más y mejores medidas tendientes a que la mujer gestante pueda desarrollar plenamente su vida personal, familiar y laboral. Entre las segundas, tenemos:

- *La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217A (III) de 10 de diciembre de 1948, dispuso en su articulado que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales» (art. 25 num. 2).*

- *El Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador. Adoptado el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció que la licencia otorgada a la mujer antes y luego del parto se entiende como una de las prestaciones incluida en el derecho constitucional fundamental a la seguridad social.*

- *La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y aprobada por Colombia mediante L. 51/1981, reglamentada por el D. 1398/1990, estableció en su art. 11, que en aras de impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, «los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad (...).».*

- *El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Estado Colombiano el 29 de octubre de 1969 consignó en su art. 10 num. 2 que «se debe*

conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social».

- *El Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo, art. 6, señala «cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».*

Así las cosas, la protección a la maternidad prevista en el artículo 43 constitucional y demás normativa interna vigente (art. 239, 240 y 241 del CST), se ve complementada y reforzada por las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales atrás referidos, que propenden no solo por eliminar la discriminación por esa especial condición, sino también por otorgar un apoyo mínimo en el ámbito laboral, durante el embarazo y en el lapso que transcurre con posterioridad al parto -licencia de maternidad-, consistente en la prohibición de que la trabajadora sea despedida durante dicho interregno y, con ocasión de ello.

Con respecto a la presunción del numeral 2.º del artículo 239 del CST, bajo la cual se entiende que el despido se ha efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando ha tenido lugar en el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y sin que medie autorización de la autoridad administrativa del trabajo, la Corte, entre otras, en la sentencia SL4280-2017, señaló:

Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibidem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, 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, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP.

Ahora bien, corresponde precisar que, con motivo del embarazo, la ley prevé la protección laboral de estabilidad en el trabajo, y también derivada del sistema de seguridad social integral, para mantener los ingresos de la madre durante el tiempo que permanezca sin acudir a realizar sus labores por ese motivo. En el primer caso, al que ya se ha hecho referencia, el legislador limita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo de estas trabajadoras al periodo del embarazo y la lactancia hasta seis meses después del parto, término en el que se presume que la desvinculación obedece a la maternidad, con la salvedad que durante los tres primeros meses la presunción opera en favor de la trabajadora.

Cosa diferente acontece con la protección prevista en el artículo 236 del CST, hoy a cargo del sistema de seguridad social por virtud de la subrogación del empleador (Ley 100 de 1993), que consiste en el pago de un descanso

remunerado, que para la época de los hechos era de 12 semanas y que actualmente es de 18 (Ley 1822 de 2017); las cuales se contabilizan en la época del parto, que se conoce como licencia de maternidad. Lo anterior permite inferir que el periodo al que corresponda la licencia de maternidad no es un factor preciso para aplicar la presunción prevista en el numeral 2.º del artículo 239 del CST, para los tres meses posteriores al parto, sin que ello torne ilusoria la protección.

- **Efectos jurídicos de la comunicación de despido**

La protección laboral reforzada, por causa de la maternidad, trasciende en un todo el simple respeto formal de los términos instituidos en la ley por parte del empleador para acudir al despido; esta garantía de estabilidad, implica, al fondo, la eliminación de la preocupación de la pérdida del empleo y de su correspondiente remuneración en la madre gestante para que, liberada de ello, se encuentre en mejor capacidad física, psíquica y emocional para proveer los cuidados necesarios al neonato en protección de un bien superior constitucionalmente, cual es, la familia. Eso justifica, desde esta perspectiva, la presunción de que el despido fue por causa del embarazo, si este se produce dentro de los tres meses siguientes, y sin autorización de la respectiva autoridad administrativa, precisamente para liberar de cargas a la madre gestante durante tan crucial periodo, invirtiéndose la carga de la prueba, en este aspecto, en la fase posterior a la establecida, cuando es aceptable imponer cargas

probatorias a la madre gestante. Por tanto, con absoluta claridad, el numeral dos del artículo 241 del C.S.T. establece que *«no producirá efecto alguno el despido que el empleador **comunique** a la trabajadora en tales periodos»*, teniendo en cuenta que comunicar es, precisamente, manifestar o hacer saber a alguien algo.

En ese horizonte, **una cosa debe quedar clara**. Si la protección laboral reforzada busca mantener la estabilidad física, psíquica y emocional de la madre gestante es diamantino que cualquier acto que atente contra ello, como, por ejemplo, **la comunicación o simple comunicación de un despido con efectos diferidos**, es reprochable desde su teleología y, por ende, susceptible de la consecuencia jurídica que la ley prevé.

Sentado lo anterior, se procede al análisis del asunto que ocupa a la Sala.

- **Caso concreto**

La accionante pidió el amparo a la estabilidad laboral reforzada por estado de embarazo y lactancia, porque fue despedida el 12 de abril de 2007 sin tener en cuenta que tuvo a su hija el 28 de febrero de ese mismo año.

La juez de primera instancia condenó al pago de la indemnización por despido que encontró acreditada en el proceso, pero absolvió de las demás pretensiones por cuanto consideró que la terminación del contrato se pospuso al 24 de mayo de 2007, teniendo en cuenta que *«la*

demandante dio a luz el día 24 de febrero de 2007», por lo que no infringió la protección foral invocada.

Como se recuerda, el Tribunal señaló que la determinación de la empleadora no se encuentra reprochable, pues el empleador respetó la estabilidad laboral, ya que, si bien (i) **se comunicó la terminación de la relación laboral durante el periodo de lactancia**, (ii) **el despido se materializó una vez expirado éste**.

En lo atinente al primer punto, tal como quedó explicado, en línea de principio, la comunicación o simple comunicación de un despido con efectos diferidos, es censurable desde su teleología y, por ende, susceptible de la consecuencia jurídica que la ley prevé, por lo que el juzgador incurrió en el dislate de no apreciar en su debido contexto tal determinación.

Aunado a lo precedente la sala sentenciadora también erró en lo siguiente:

Las partes no mostraron inconformidad respecto a la conclusión del juez, sobre la terminación del contrato de trabajo **el 12 de abril de 2007, con retiro efectivo el 24 de mayo** de ese mismo año, *«fecha en la que expiró la licencia de maternidad»*, por lo que se ocupó de la censura planteada en el recurso en el sentido de que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, se insiste, el 12 de abril de 2007, la trabajadora gozaba de estabilidad laboral reforzada por motivo de embarazo y no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para proceder de esa manera.

Señaló el recurrente que el colegiado incurrió en errores de hecho al no dar por demostrado que «*la licencia de maternidad*» se extendía hasta el 28 de mayo de 2007, por lo que el despido ocurrió en dicho periodo y, por lo tanto, se debe declarar la ineficacia del mismo. Que cometió ese error porque no apreció el registro civil de nacimiento que da cuenta de la fecha de nacimiento de la hija de la trabajadora, ni la carta del 30 de abril de 2007, o la liquidación final de prestaciones sociales; y que valoró equivocadamente la carta de despido del 12 de abril de 2007 y la del 4 de mayo siguiente, en la que ratifica la anterior decisión. Denuncia también por falta de apreciación y apreciación errada la declaración de parte.

La sociedad llamada a juicio fundó su defensa en que la trabajadora no informó a su empleador la fecha del parto y, por lo tanto, no tuvo conocimiento que éste ocurrió el 28 de febrero de 2007, de lo cual solamente se vino a enterar con la reclamación ante la jurisdicción ordinaria. Que, a partir de la afirmación de la trabajadora en la diligencia de interrogatorio de parte, en la que dijo que quedó en embarazo el 25 de junio de 2007, era razonable que la empresa estimara que el periodo de protección iniciaba el 24 de febrero de ese mismo año.

Entonces, queda claro que con el registro civil de nacimiento se demuestra que la fecha del parto de la demandante ocurrió el 28 de febrero de 2007 (folio 35); que el 12 de abril de esa misma anualidad, la empresa le terminó el contrato de trabajo «*teniendo en cuenta que se*

encuentra en licencia de maternidad y esta se cumple el 24 de mayo del año en curso, se le cancelará lo de ley. (folio 24); los restantes documentos denunciados corresponden a la comunicación del 4 de mayo de 2007, mediante la cual la empresa ratifica la terminación del contrato por justa causa a partir del 24 de ese mismo mes y año (folio 26); y la del 30 de abril en la que la entidad dirige comunicación a la inspectora del trabajo, en la que informa que el nacimiento de la hija de la demandante ocurrió el 28 de febrero de 2007 y, por lo tanto, desiste del trámite de permiso para despedir (folio 25).

De lo anteriormente expuesto, se reitera, que el colegiado también incurrió en error al no tener en cuenta la fecha de nacimiento de la hija de la actora, de la cual, la empresa manifestó tener conocimiento a través de su apoderada, mediante la comunicación del 30 de abril de 2007 dirigida al Ministerio de Trabajo, para contabilizar, a partir de allí, el periodo de protección previsto en el numeral 2.º del artículo 239 del CST, por lo que efectivamente infringió esa disposición, lo que conduce a que se case la providencia impugnada.

Sin costas en casación.

IX SENTENCIA DE INSTANCIA

Además de lo dicho al resolver el cargo, para decidir la instancia baste señalar que no fue objeto de discusión entre las partes que Gloria Ingrid Forero Bautista se vinculó con la sociedad Uribe Sanabria y Compañía Ltda., el 19 de abril

de 2006 mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Coordinadora Administrativa y Financiera, devengando un salario de \$1.000.000; y que fue despedida el 12 de abril de 2007, con efectos a partir del 24 de mayo de esa misma anualidad.

El artículo 239 del CST, modificado por el 35 de la Ley 50 de 1990, vigente para la fecha de despido de la demandante, preveía lo siguiente:

Prohibición de despido. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.

En tal medida, y como se dijo al momento de resolver el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal, el numeral 2o tiene por finalidad, relevar a la trabajadora de demostrar que el despido efectuado dentro del trimestre siguiente al parto, ocurrió por razón del embarazo o lactancia, y traslada al empleador, la carga de probar que su decisión fue soportada en una de las justas causas de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, además una vez agotado el trámite previsto en el artículo 240 del mismo ordenamiento. En tal medida, de no derribar esa presunción, el despido se tendrá por ineficaz y generará

la restitución de la demandante al cargo que venía desempeñando.

Conforme se dejó sentado con precedencia, quedó acreditado que la actora dio a luz a su hija el 28 de febrero de 2007, tal como se establece con el registro civil de nacimiento aportado al expediente, información que tenía la empleadora, tal como se deriva de la comunicación suscrita por la apoderada de la empresa dirigida al Ministerio de la Protección Social, el 30 de abril de 2007 (folio 25); **por lo que en la fecha en que se le comunicó la terminación del contrato de trabajo, e incluso en fecha en que efectivamente feneció**, el 24 de mayo de 2007, la promotora del proceso se encontraba amparada por el fuero de maternidad previsto en el artículo 239 del CST varias veces citado y, por tanto, era beneficiaria de la presunción establecida en el numeral 2.º de esa misma regla.

En virtud de lo anterior, se impone acceder a la protección reclamada, lo que conduce a revocar el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, para, en su lugar, condenar a la demandada a reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social, desde el momento en que quedó cesante hasta cuando efectivamente sea restituida, con los incrementos de ley. A la parte demandada se le autorizará descontar de la condena las acreencias laborales que le fueron reconocidas y pagadas a la promotora del proceso a la terminación de la relación laboral, y que sean incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad.

Sin costas en el recurso. Las de las instancias correrán a cargo de la demandada, que deberán incluirse en la liquidación que realice el juez de primera instancia, de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

VII. DECISIÓN


En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de enero de 2011, en el proceso ordinario laboral seguido por **GLORIA INGRID FORERO BAUTISTA** contra **URIBE SANABRIA Y CIA LIMITADA USANAR LIMITADA**, por las razones expuestas en precedencia.

En sede de instancia se revoca el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de enero de 2009, para en su lugar, condenar a la demandada a reintegrar a la accionante, al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios, prestaciones, y aportes a la seguridad social, desde el momento en que quedó cesante, hasta cuando efectivamente sea restituida, con los incrementos de ley; se autoriza descontar de la condena las acreencias laborales que le fueron reconocidas y pagadas a la promotora del proceso a la terminación de la relación laboral que sean incompatibles con el efecto de la no solución de continuidad.

Costas como se indicó.

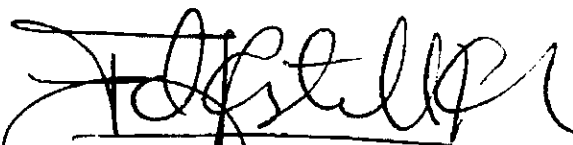
Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL




Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia
Bogotá, D.C. 04 ABR 2018 Hora: 5 P.M.

Secretario


FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Aclaro voto

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL



Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto
Bogotá, D.C. 30 ABR 2018 5 P.M.


SECRETARIA


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
No Firma por ausencia justificada

No Firma por ausencia justificada
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Am 3.
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL




Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto
Bogotá, D.C. 30 ABR 2018 8 A.M.

Secretario

LAJPT-10 0.00


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

Magistrado ponente
FERNANDO CASTILLO CADENA

ACLARACIÓN DE VOTO
Radicado 51585
Acta 10

Acompaño la determinación final por virtud de la cual era necesaria la reinstalación de la trabajadora al cargo que ocupaba, solo que a mi juicio las razones debieron ser distintas a las acogidas por la Sala, como paso a explicar.

La protección a la maternidad en la legislación del trabajo, fue anterior a la propia existencia del Estatuto que la regula actualmente, y su finalidad no fue otra que la de impedir los despidos discriminatorios; el primer convenio de la OIT que la incorporó fue el 3 de 1921, que se acogió en Colombia el 20 de junio de 1933, allí se previeron las prestaciones a las que tenía derecho las mujeres gestantes y el reforzamiento de las prerrogativas en el empleo, bajo el entendido de que solo así podía proveerle de sustento al recién nacido; más tarde el Convenio 183 de 1952 fue mucho

más enfático en su objetivo, al prescribir, en su artículo 8 que «*Se prohíbe al empleador que despidan 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 periodo 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*», y la Resolución 95 del mismo año también en su apartado 4 así lo dejó expreso, al indicar que «*Motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo podrán ser considerados, por la legislación nacional, como causas justas para el despido, durante el periodo en el que la mujer esté protegida. Cuando existan consejos de empresa, sería conveniente consultarlos con respecto a tales despidos*», y aunque el Decreto 2663 de 1950, en su primigenia redacción del 241, tenía una reducida garantía, luego la amplió a través del artículo 8 del Decreto 13 de 1967, en el que se señaló la nulidad del despido ante la comunicación en tiempo de lactancia o periodo de gravidez, o del preaviso en similar lapso; tanto el Convenio 111 de la referida organización, como el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, vinieron a completar la garantía de no discriminación contra las mujeres por razón de su embarazo, lo que implica que, para romperla, sea necesario establecer que en efecto, la ruptura del nexo laboral sucede por razón de su estado y no por causas objetivas, en el caso de la notificación de aquella.

Lo anterior era a mi juicio el norte al que debía apuntarse, pues el análisis de la comunicación que se realiza en ese periodo, pero que se ejecuta en tiempo posterior cuando no existe la garantía foral no debía leerse mecánicamente, pues lo necesario para el juzgador es determinar si la misma obedeció o no a razones discriminatorias, o el contexto que le precedía, de allí que las afirmaciones sobre daños psicológicos o de otro tipo no puedan hacerse de forma genérica, sino de análisis caso a caso.

En otras palabras, estimo que la hermenéutica de la no discriminación invierte las reglas probatorias y hace que, en efecto, el Juez deba entender que salvo que se encuentre demostrado fehacientemente que el despido fue justo, lo propio es disponer la nulidad, que es muy distinto a decir que independientemente de las razones del retiro, que se ejecuta cuando no hay fuero, la simple comunicación anterior conduce a esa drástica medida, sin siquiera ponderar otros aspectos, porque allí no se haría justicia, es decir nuestro deber.

Lo dicho no es nada novedoso, pues hace parte del análisis con perspectiva de género en las decisiones judiciales, lo cual impone una inversión probatoria, en este caso por razón del embarazo, con el análisis del 241 del CST, es decir que las reglas de no discriminación lo que habilitan es que se considere que, salvo prueba en contrario, se entienda que el despido fue injusto o, en este caso nulo y es en ese sentido que los propios Convenios de OIT lo

establecen, e incluso la propia Corte Constitucional en su determinación C470/1997, así lo entiende, al decir que *«No es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual, si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada».*

Por demás, en tal determinación de exequibilidad, que se hizo con carácter integrador, al distinguir que el artículo 239 del CST sanciona el despido en periodo de embarazo o lactancia con indemnización, según su numeral 3, mientras el 241 con nulidad, se consideró que la solución era entender que las dos coexisten, pero morigerando que la fecha a tener en cuenta es la del despido y no la de la comunicación y así lo explicó *«existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado -239 CST- no consagró una protección suficiente a la maternidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que, conforme a la sentencia C-543 de 1996, la Corte es competente para controlar estas omisiones relativas, es natural que esta Corporación, aplicando el principio de igualdad (CP art. 13), subsane esa omisión tomando en cuenta la regulación de un supuesto análogo, a saber, la regla prevista por el artículo 241 del CST, según la cual esos despidos carecen de toda eficacia».*

Allí incluso se memoró un pronunciamiento del Consejo de Estado que comparto, en punto a que *«En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro a cargo al cargo de la*

empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder. Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ella señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley».

En suma, la sentencia integradora de exequibilidad se hace bajo el entendido de que es inválido el **despido** que se realice en tiempo del embarazo o la lactancia, no la comunicación, y en ese mismo sentido lo destaca el Consejo de Estado; ahora bien, lo que a mi juicio debe atenderse es que en esos eventos la comunicación aparece como una manifestación de que el despido puede ser discriminatorio, aunque se ejecute con posterioridad, de allí que, no con reglas generales, sino caso a caso, el juzgador deba estudiar si efectivamente aquel aconteció.

Precede entonces que, bajo tales discernimientos es que comparto el quebrantamiento de la determinación del Tribunal, es decir que existiendo esa carta anterior, aunque se concrete cuando ya no hay fuero, implica un análisis pormenorizado y es por ello que advertido ese yerro, en lo relacionado con la instancia, contrario a la postura mayoritaria, la complejidad del asunto y, según lo que intento explicar, del propio objetivo del fuero materno,

implicaba un estudio sobre las razones en las que se emitió la pluricitada comunicación del despido, dado que no será lo mismo, insisto, cuando esté acreditado que aquel fue justo, que cuando no lo está, o aparece dudoso, casos últimos en los que se debe declarar la ineficacia.

Al revisar el expediente, con claridad aparece que, en la controversia, no solo estaba en discusión la existencia de un fuero materno, sino a la vez uno derivado de la Ley 1010 de 2006, en tanto desde el mes de diciembre de 2006, la trabajadora había denunciado y, además, comprobado, las conductas lesivas contra su integridad física y psíquica, cuyo desencadenante fue su estado de gravidez, que incluso no existía en la empresa el Comité de Convivencia y por ello a folios 20 y 21, aparece el acta ante el Ministerio del Trabajo en la que se deja constancia de las actuaciones retaliatorias contra la trabajadora, que la pusieron en riesgo; de allí que la comunicación era una manifestación más de la persecución a la que aquella fue sometida, y no la expresión de una realidad comprobada como justa causa de rescisión del contrato, lo que implicaba que la Sala, no solo en atención a la maternidad, sino a las conductas de acoso laboral, debiese incluso declarar la concreción de ambas, aspecto particular, pero con repercusiones frente a los efectos estos sí psicológicos que pudieron recaer en la demandante y de los que se constata que en cualquiera de los eventos lo que procedía era su reinstalación, pero eso sí por razones diversas como en síntesis lo he referido.

En los anteriores términos aclaro el voto.



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado