

Sentencia C-005/17

Referencia: Expediente D-11474

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Actor: W.T.F.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano W.T.F., solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo).

Mediante auto de veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor P. General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministro del Interior, al Ministro de Justicia, a la Ministra del Trabajo y al Ministro de Hacienda y Crédito Público para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso, con el propósito de impugnar o defender la exequibilidad de la disposición acusada.

Además, invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Defensoría del Pueblo, al Departamento Nacional de Planeación, a la Confederación General del Trabajo, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, a la Confederación de Trabajadores de Colombia, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco) y a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, de Antioquia, del Atlántico, E. de Medellín, Externado de Colombia, de Ibagué, I. de Cali, Industrial de Santander, J., Libre, Nacional de Colombia y del Rosario; para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma con los apartes demandados subrayados.

“CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

(...)

PRIMERA PARTE

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO.

(...)

TITULO VIII.

PRESTACIONES PATRONALES COMUNES.

(...)

CAPITULO V.

PROTECCION A LA MATERNIDAD Y PROTECCION DE MENORES

(...)

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

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

(...)

ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

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

## III. LA DEMANDA

El demandante sostiene que el numeral 1 del artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo) vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Ello en razón a que las normas acusadas garantizan la asistencia y protección solo para la mujer embarazada trabajadora, al prohibir su despido durante el período de embarazo o lactancia, y exigir un permiso para su despido, pero esta protección no está garantizada para la mujer no trabajadora que depende económicamente de su pareja que sí se encuentra vinculada laboralmente. Para el actor, los preceptos acusados no incluyen todo el universo de situaciones que deberían comprender.

Sostiene que la protección constitucional que se brinda a la mujer deriva no solamente de su condición de tal (Art. 43 C.P.), sino por ser portadora de vida (Art. 11 C.P.); por ser

integrante de la familia (Art. 42 C.P.); y por ser quien protege y asiste al niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (Art. 42 C.P.). “la trascendencia de estos derechos constitucionales permean también la esfera del campo laboral al consagrar para todas las mujeres, la protección de su seguridad social (Art. 53) (...)”.

Afirma que “tal situación obliga al Estado a brindar asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y en la lactancia, sin que pueda exigir para el goce de este derecho requisito alguno, lo que (conduce a afirmar) que el Estado tiene la obligación de brindar la asistencia y la protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo como también, a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a)”.

Refiere a los fundamentos que la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha proveído a la protección reforzada de la mujer gestante o lactante, así:

(i) El Estado tiene la obligación de proteger a la mujer en estado de embarazo y durante la etapa de lactancia (Art. 43 C.P.), dicha protección aplica sin distinción y no depende de requisito alguno, tal como el que la mujer trabaje o no;

(ii) El fin de la protección 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;

(iii) La protección especial a la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional (Arts. 11 y 44 C.P.);

(iv) El especial cuidado a la mujer gestante y a la maternidad se justifica por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano (Arts. 5º y 42 C.P.).

Las disposiciones acusadas no protegen a las mujeres no trabajadoras que dependen económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) –lo que afectaría el sustento y acceso a la seguridad social de la mujer embarazada y del menor por nacer, o de la mujer lactante y de su hijo-; razón por la que (iv) la protección debe hacerse extensiva a la mujer embarazada no trabajadora que dependa económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a). En ese sentido, señala que:

“Si bien el espíritu del numeral 1 de (sic) artículo 239 y el numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo de (sic) Trabajo buscan la estabilidad reforzada para la protección del derecho al trabajo de la mujer embarazada, su mayor fin es la protección de la vida de la mujer y el niño o niña que está por nacer o que acaba de nacer (...) y por tal motivo, es necesario que las garantías con que cuentan (sic) la mujer embarazada trabajadora se extiendan a la mujer no trabajadora que depende económicamente a través (sic) de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) para que sus derechos estén garantizados”

En consecuencia, el demandante solicita la exequibilidad condicionada de las disposiciones acusadas, en el entendido que la estabilidad laboral reforzada también se aplique para el (la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora, razón por la que no puede ser despedido(a) durante el periodo de embarazo o lactancia, salvo que se cuente con la correspondiente autorización del inspector de trabajo.

## IV. INTERVENCIONES

### 1. Intervenciones oficiales

#### 1.1. Ministerio del Trabajo

L.N.F.P., en su calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, interviene en el proceso de la referencia para solicitar que se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en tanto no vulneran norma o mandato constitucional alguno.

Sustenta su solicitud indicando que la protección es para la trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia. De esta manera, considera que la normatividad laboral establece taxativamente la prohibición de despedirla sin justa causa, por lo que en ningún momento el Código Sustantivo de Trabajo crea la misma figura en favor del cónyuge o padre, como lo pretende el demandante. Así las cosas, sostiene que por analogía no podría crearse un fuero de paternidad. Aunado a lo anterior, determina que en su lugar, la Ley 1468 de 2011 consagró la licencia remunerada de paternidad.

Asimismo, indica que extender la estabilidad laboral reforzada para los casos indicados por el demandante, podría afectar las finanzas de las empresas públicas y privadas, requiriéndose como mínimo una ley con estudio de impacto económico e incluso de una reforma constitucional para ampliar o modificar el artículo 53 de la Constitución Política .

#### 1.2. Departamento Nacional de Planeación

L.C.V.H., actuando como apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación, solicita que la Corte Constitucional se inhiba para conocer de los cargos. De manera subsidiaria, solicita que se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas en tanto no contrarían ningún mandato constitucional.

Para fundamentar su solicitud principal, el interviniente indica que el planteamiento del demandante no permite realizar con nitidez un análisis de los cargos en relación con el texto constitucional, comoquiera que se basa en percepciones o consideraciones de carácter subjetivo sin expresar la forma en que se presenta esa violación. Agrega que la acusación es por lo tanto indirecta o mediata, de manera que no es posible debatirla en el marco constitucional, así en la impugnación se utilicen referencias constitucionales y con ello se pretenda persuadir sobre la falta de correspondencia de las normas demandadas con la Constitución.

En torno a la solicitud subsidiaria, afirma que el fin de la protección del fuero de maternidad 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.

Sostiene que “de acuerdo con la Constitución, el Estado debe garantizarle a la mujer gestante una protección especial por el hecho de ser mujer y por su característica de ser gestadora (sic) de la vida, no por depender de otra persona” .

Agrega que el riesgo de no acceder a los servicios de salud cuando el cotizante pierde el empleo, no se puede limitar a la situación en la que la mujer gestante es beneficiaria de su cónyuge, toda vez que conforme al artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, pueden presentarse muchas otras situaciones en las que una mujer gestante es beneficiaria de un cotizante diferente, que puede llegar hasta el tercer grado de consanguinidad.

Señala que la normatividad contempla mecanismos de protección del trabajador cesante. En este sentido menciona la Ley 1636 de 2013, y el capítulo 1, del título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, normas que benefician tanto al cotizante como a su núcleo familiar. Igualmente, refiere, el artículo 2.1.8.1 del Decreto 780 de 2016 establece un período de protección laboral que le permite a los trabajadores y a su núcleo familiar acceder a los servicios de salud hasta por un período de entre 1 y 3 meses una vez terminada la vinculación, de acuerdo a la duración previa de la afiliación.

Indica que “existen otras posibilidades de afiliación para las mujeres gestantes cuando pierden la calidad de beneficiarias de un cotizante. Por un lado se pueden afiliar ellas mismas como cotizantes independientes, o lo puede hacer el cotizante del cual son beneficiarias, si tienen la capacidad de pago para hacerlo. Por otro lado, pueden afiliarse como beneficiarias de sus padres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2018 (sic) de la Ley 1753”.

En adición, señala que “en caso de no poder seguir afiliadas al régimen contributivo, pueden solicitar la afiliación al régimen subsidiado en salud, si cumplen con el puntaje de S. establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social. En última instancia, pueden acudir a la red pública de servicios de salud para solicitar su atención como población pobre no vinculada, lo cual garantiza en últimas su atención por parte del Estado”.

Finalmente, indica que la medida implicaría mayores costos para los empleadores, propiciando el aumento de la informalidad en la contratación de hombres; e incluso haría que las mujeres fueran más dependientes y que aumentara la violencia en su contra, debido a que “uno de los efectos no esperados [sería] la creación de incentivos para que las mujeres no salgan al mercado de trabajo formal, pues esta sería la condición para que su compañero o cónyuge pudiera gozar de la estabilidad laboral reforzada” .

## 2. Intervenciones institucionales

### 2.1. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

A.E.S., actuando en su calidad de vicepresidente de asuntos jurídicos de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), mediante escrito radicado en la Secretaría General el 12 de julio de 2016, solicita que se declare la exequibilidad pura y simple de las disposiciones acusadas.

Lo anterior, por cuanto considera que el fuero de maternidad sólo procede en los casos en los que existe una auténtica relación laboral, por lo que dicha protección no podría extenderse al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente de la mujer en estado de embarazo. Ello es así, por cuanto lo que se busca es evitar la discriminación que sufren estas mujeres, pues una de sus manifestaciones más claras es el despido injustificado debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas.

Así las cosas, arguye que “extender el fuero de maternidad en consideración a hechos diferentes al embarazo y al parto es crear un nuevo fuero laboral, y ello corresponde exclusivamente al legislador”. A continuación indica que “el legislador nada ha dicho en relación con la dependencia económica de la mujer que está en embarazo o que dio a luz respecto de un tercero. Hay, por tanto, una omisión legislativa absoluta” .

## 2.2. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Miguel Pérez García, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, interviene en el proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que se declaren exequibles las disposiciones acusadas .

Refiere que el derecho a la igualdad no es un derecho absoluto en tanto la igualdad no se puede predicar de sujetos o situaciones disímiles , razón por la que no se puede equiparar a una mujer embarazada con contrato de trabajo con una que no tiene una relación laboral, en especial por cuanto respecto de éstas la Constitución ha consagrado un subsidio alimentario (artículo 43). Aunado a lo anterior, sostiene que el derecho a la seguridad social de las mujeres embarazadas que no tienen una relación laboral y dependen de un tercero, se garantiza mediante el régimen subsidiado en salud.

En virtud de las anteriores consideraciones, indica que las disposiciones acusadas no desconocen ninguna norma constitucional.

## 2.3. Universidad del Rosario

Joaquín Eduardo Cubillos Castro, obrando como asesor del consultorio jurídico de la Universidad del Rosario, interviene para solicitar a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada de las normas demandadas.

Para fundamentar su posición –además de compartir los planteamientos del demandante-, sostiene que “se debería propender por una completa igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito familiar y laboral. De manera que el hombre

pueda disfrutar de garantías familiares autónomas y no derivadas de las que posee la mujer, con una completa armonía entre lo laboral y lo familiar, y en donde se permita a la mujer el total disfrute de lo laboral y al hombre el total disfrute de lo familiar” . Con fundamento en lo anterior, indica que “la declaratoria de constitucionalidad condicionada es apenas un paso en la búsqueda de conciliar los ámbitos laboral y familiar (...) entre hombres y mujeres. (...) Los hombres tienen la misma potencialidad de hacer familia, por tanto de acceder a la estabilidad laboral reforzada; de ésta manera con la exequibilidad condicionada que se propone se ataca la discriminación al momento de contratar un hombre en lugar de una mujer” .

Adicionalmente, señala que “si la Corte concede las pretensiones (...), debería hacerlo utilizando el criterio del beneficiario [que trae el Sistema General de Seguridad Social en Salud –i.e. artículo 163 de la Ley 100 de 1993-] (...) en ese orden de ideas sería imperativo que la mujer que no trabaja y está embarazada tiene que ser beneficiaria de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) que ostente la calidad de cotizante al SGSSS, en lugar de utilizar el criterio de dependencia económica” .

El interviniente concluye solicitando que la estabilidad laboral reforzada para la mujer embarazada trabajadora, comprenda al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora siempre y cuando éste(a) ostente el estatus de cotizante al SGSSS y aquel(la) la calidad de beneficiaria.

#### 2.4. Universidad de Antioquia

Clemencia Uribe Restrepo, en su calidad de decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, se adhiere a la petición del demandante en los términos por él solicitados.

Al respecto, manifiesta que la estabilidad laboral no sólo protege el trabajo en sí, sino que en el caso de las mujeres gestantes, lactantes o adoptantes se ve reforzada en procura no sólo de sus derechos sino también del interés superior del que está por nacer, o del niño o niña en sus primeros meses de vida . Así las cosas, las disposiciones acusadas deben ser analizadas teniendo en cuenta las situaciones en las que es el padre el que trabaja y de cuyo ingreso laboral depende toda su familia.

#### 2.5. Universidad Externado de Colombia

J.E.M. y J.M.B.P., director y docente del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia, respectivamente, intervienen en el proceso de la referencia, solicitando a la Corte que declare exequibles las disposiciones acusadas.

En efecto, refieren que para tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, es requisito sine qua non encontrarse inmerso en una relación de trabajo, pues de lo contrario sería imposible garantizar dicho derecho a una persona que no se encuentre trabajando . En ese sentido, alegan que aunque el demandante no lo indica explícitamente, se plantea la existencia de una omisión legislativa relativa, debido a que el legislador habría excluido de la regulación a un grupo de personas que debieron incluirse como beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada . Sin embargo, indican que pese a que existe una norma (lo que desvirtúa la existencia de una omisión legislativa absoluta), ésta no excluye supuesto de hecho idénticos o análogos a los regulados, razón por la que no se contraría el principio de igualdad.

Finalmente, indican que no extender el derecho a la estabilidad laboral reforzada al (a la) cónyuge o compañero(a) permanente de la mujer embarazada, no implica que a esta se le desconozcan otros beneficios que el texto constitucional consagra en su favor.

#### 2.6. Universidad de Ibagué

Omar Mejía Patiño, como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, presentó escrito de intervención en el que adhiere a los planteamientos de la demanda. En ese sentido señala que debe extenderse la garantía del fuero de maternidad al cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora gestante o lactante.

Destaca que el Estado Social de Derecho valora el papel de la mujer en la sociedad y protege sus derechos fundamentales generando espacios de protección durante y después del embarazo, en protección a la vida y el goce efectivo de otros derechos como la salud, la dignidad humana, el mínimo vital, los derechos de los niños al cuidado, al amor, a la alimentación. Señala que esta obligación impuesta al Estado por la Constitución se salvaguarda a través del fondo de solidaridad (Art. 27 de la Ley 100 de 1993) “ente que asume el pago de esta prestación (licencia de maternidad), tratándose del régimen contributivo, mediante la subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las Unidades de Pago por Capitación UPC”.

#### 2.7. Universidad Industrial de Santander

Javier Alejandro Acevedo Guerrero, C.I.T., E.R.P. y D.A.L.C., obrando en calidad de integrantes del grupo de Litigio Estratégico de la Universidad Industrial de Santander, presentaron escrito de intervención en el que respaldan la demanda.

Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre la protección laboral reforzada a la mujer gestante y lactante señalan que la Corte, en los supuestos a que refiere la jurisprudencia ha protegido económicamente a la mujer



trabajadora en estado de embarazo y a su hijo, pero existe un vacío sobre la protección que recibirá la mujer embarazada que no cuenta con un empleo, depende de su cónyuge o compañero permanente y éste es despedido, por lo que, en su opinión, resulta necesaria la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas acusadas.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El P. General de la Nación, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, emitió el Concepto 6147 de 05 de agosto de 2016, por medio del cual solicita que se declaren exequibles las disposiciones acusadas y se exhorte al Congreso de la República para que legisle en favor de las mujeres no trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo o lactando, así como de los niños y las niñas por nacer o recién nacidos y que sean hijos de mujeres no trabajadoras.

La Procuraduría sostiene que el problema jurídico que se debe resolver es el de si las disposiciones demandadas vulneran los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política al excluir de la estabilidad laboral reforzada a las mujeres en estado de embarazo o lactantes no trabajadoras dependientes económicamente de su cónyuge o compañero permanente .

En su criterio, para resolver el problema jurídico se debe (i) analizar el contenido y alcance del fuero de maternidad, y (ii) determinar si se configura una omisión legislativa relativa.

En relación con el primer tema, la Procuraduría sostiene que el objetivo del fuero de maternidad es proteger a la mujer en estado de gravidez, así como a las niñas y a los niños que están por nacer y recién nacidos y a la familia, prohibiendo que la madre gestante sea despedida de su trabajo por encontrarse en estado de embarazo o de lactancia. Para lograr lo anterior, indica que el ordenamiento jurídico impone al empleador la carga de demostrar que el despido no se produce en razón del embarazo o lactancia de su empleada, exigiéndole además solicitar la autorización para despedir ante una autoridad administrativa, quien precisamente deberá verificar que la causa del despido sea justa. Finalmente, en relación con este tema, indica que el fuero laboral no es el único ámbito mediante el cual se protege a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, y que el Estado debe prever mecanismos idóneos para garantizar los derechos de las mujeres grávidas no trabajadoras.