



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada ponente

SL4638-2021

Radicación n.º 81903

Acta 035

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **TUNER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.** en contra de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 5 de abril de 2018, en el proceso que instauró en su contra **MILEIDY JOBANNA CORTÉS PEDRAZA.**

I. ANTECEDENTES

Mileidy Jobanna Cortés Pedraza demandó a Tuner Internacional Colombia S.A. con el fin de que se declarara que existió una relación laboral a término indefinido que finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador mientras se encontraba en *período de lactancia* y por ende, protegida legalmente.

Como consecuencia de ello, solicitó que fuera reintegrada al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación con el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de recibir hasta su reinstalación, así como la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que prestó sus servicios a la demandada desde el 21 de marzo de 2014 hasta el 21 de julio de 2015 en el cargo de «repcionista», iniciando su embarazo en agosto de 2014, por lo que gozó de la licencia de maternidad a partir del 13 de abril de 2015, la que se extendió hasta el 13 de octubre del mismo año. Afirmó que, sin embargo, el 21 de julio de 2015 le fue notificada la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa por el empleador y sin autorización del Ministerio del Trabajo.

Turner Internacional Colombia S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Aceptó la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, el cargo desempeñado y la forma de terminación, pero precisó que la decisión de desvinculación fue acorde a derecho, dado que se motivó en una reestructuración administrativa ordenada por la matriz de la sociedad y tuvo lugar en los tres meses posteriores a los primeros tres en que operaba la presunción de discriminación del despido de mujer en lactancia, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación.

Formuló en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, pago y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 5 de septiembre de 2017 absolvió a la entidad.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante conoció del asunto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que, mediante fallo del 5 de abril 2018, revocó la decisión impugnada y en su lugar ordenó el reintegro de la trabajadora junto con el pago de todos los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta su reinstalación.

El Tribunal fijó como problema jurídico establecer si la trabajadora contaba con una estabilidad laboral reforzada por maternidad, al momento del despido.

Para ello, sostuvo:

[...] desde el punto de vista probatorio, lo que ocurre es que existe una presunción *iuris tantum*, según la cual durante el período de gestación y los 3 meses siguientes al parto, si la trabajadora despedida, se presume que es por motivo de dicha condición, pero ello no quiere decir que por los 3 meses restantes de la lactancia no exista una estabilidad laboral reforzada. Lo que pasa es que ya en este último interregno de tiempo no opera la presunción, por lo que corresponde entonces a la demandante

demostrar que el motivo del despido fue por su estado de maternidad o lactancia.

[...]

Así las cosas, se tiene que en el presente caso la trabajadora tenía protección de estabilidad laboral reforzada del 13 de abril de 2015 y hasta por 6 meses más que es la duración del periodo de lactancia, esto es, hasta el 13 de octubre 2015 y como quiera que fue despedida el 21 de julio 2015, entra a determinar esta Corporación si dicho despido obedeció o no a que se encontraba en periodo de lactancia.

Revisada la carta de despido en primer lugar, ha de advertirse que en la terminación del contrato no se invoca una justa causa para el finiquito laboral, por el contrario, la demandada admite que se trata de un despido sin justa causa y es por ello que paga la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, resulta bastante contradictorio y paradójico que aduzca un motivo para hacer uso de la cláusula resolutoria del contrato prevista en el mentado artículo, que es una directriz o instrucción de la casa matriz que le ordena contratar a todo el personal administrativo mediante la figura del *outsourcing*.

Pues a pesar de que unas testigos refieren que efectivamente ocurrió la terminación unilateral y sin justa causa, no requiere de un motivo o justificación alguna, tanto así y en este contexto es en el que opera el ámbito de protección de la madre trabajadora en el periodo de lactancia que no puede despedirse a la misma con ocasión o por razón de ella, o lo que es lo mismo, solo se permite su despido por otro motivo diferente, pero este motivo debe ser legalmente admisible, es decir, estar enlistado en una de las justas causas de terminación del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, o en una justa causa de las del artículo 62 *ibídem*, pero en el presente caso, al no estar acreditado ninguno de los dos supuestos normativos, puede inferirse válidamente que efectivamente el motivo del despido fue el periodo de lactancia de la trabajadora, toda vez que esta apenas llevaba unos escasos días de la labor luego de reintegrarse de su licencia de maternidad.

Pero es más, tampoco demuestra la empleadora que hubiese hecho lo mismo con otros trabajadores que estarían en la misma situación de la aquí demandante, es decir, que con otros cargos administrativos de la entidad hubiera procedido de la misma manera, motivo por el cual en ejercicio de la regla de interpretación autorizada por el artículo 61 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es la apreciación de las pruebas bajo la óptica de la sana crítica, puede colegir inferir esta Sala mayoritaria que la trabajadora fue despedida con ocasión o en razón de la licencia de lactancia y habiendo ocurrido el hecho

dentro del término de 6 meses previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, es el motivo por el cual dicha terminación carece de efectos, por ser ineficaz de pleno derecho.

En consecuencia, se ordena a la demandada que reintegre a la trabajadora al cargo que ocupaba o a uno de igual o mayor categoría en las mismas condiciones salariales y contractuales y para que todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos que ella hubiera dejado de percibir desde el 21 de julio de 2015 hasta la fecha en que se produzca el reintegro y el pago de la indemnización de 60 días de salario, se autoriza la demanda que descuenta, lo adeudado lo ya pagado por concepto de liquidación e indemnización por despido sin justa causa, habida cuenta que propuso la excepción de pago, la cual se declara aprobada parcialmente respecto de lo pagado al momento del despido.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la sociedad demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver en los términos en que es planteado y bajo los límites del recurso extraordinario.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la entidad que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, confirme la decisión absolutoria proferida por el juzgado.

Con tal propósito formula dos cargos los cuales, carentes de réplica, son estudiados por la Sala de manera conjunta, pues haberse presentado por vías distintas, se valen de una argumentación común que se complementa, persiguen idéntico fin y la solución a impartir es semejante para ambos.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria,

[...] en el concepto de interpretación errónea del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1468 de 2011, artículo 2, modificado por la Ley 1822 de 2017 artículo 2. Prohibición de despido.

La violación de la ley se produjo por la vía señalada, pues a pesar de que el Tribunal atinó frente a la norma que regulaba la materia, lo cierto es que desvió el cabal y genuino sentido que a la misma le correspondía.

Apoya el cargo afirmando que la decisión impugnada parte de una premisa incorrecta consistente en que después de los tres meses siguientes al parto sólo puede finalizarse el contrato aduciendo un motivo legalmente admisible como las causas legales o las justas causas previstas en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 61 y 62 respectivamente e insistió en que:

La Corte frente al estudio de la norma, solo prevé la forma como debe ejercerse la carga dinámica de la prueba invirtiéndola en el término posterior a los tres meses siguientes al parto, para que sea la parte demandante quien demuestre que el rompimiento del vínculo se dio con causa y con ocasión del embarazo y pueda entonces acceder al fuero de maternidad.

De ninguna manera condiciona la norma a que deba existir una justa causa en los términos de los artículos 61 y 62 del CST, tampoco limita la facultad resolutoria de todos los contratos y en ese orden de ideas no excluye la posibilidad de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, «[...] en forma indirecta, por haber incurrido el Tribunal en

manifiestos errores de hecho debido a la falta de apreciación de unas pruebas en un caso y la equivocada apreciación de otras que más adelante singulariza».

Como errores protuberantes de hecho, describe:

1. No dar por demostrado, estándolo, que a pesar que la terminación del contrato se produjo con posterioridad a los tres meses siguientes al parto, **la parte demandante no ejerció la carga de la prueba que le correspondía** para dar por demostrado que su vínculo laboral, finalizó con causa y con ocasión de su estado de embarazo.
2. No dar por demostrado, estándolo, que la **parte demandada probó que la causa de la terminación del vínculo laboral de la actora se produjo como consecuencia de la decisión adoptada por la casa matriz de la pasiva** mediante la cual el personal administrativo debía ser contratado a través de la figura de *outsourcing* y que ello requería la finalización del contrato de trabajo de la Sra. Cortés.
3. **Que el Tribunal diera por demostrado, sin estarlo,** que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo de la actora por causa y con ocasión del estado de embarazo (subrayas originales).

Como pruebas dejadas de apreciar, indica el interrogatorio de parte absuelto por la demandada y el testimonio de Betty Jacqueline Torres.

Apoya el cargo afirmando que, en concreto, se equivocó el Tribunal cuando dejó de ver que para el momento en que se produjo la terminación del contrato habían transcurrido más de tres meses después del parto y, entonces, la presunción en favor de la colaboradora había desaparecido por lo que era necesario que la demandante ejerciera su carga de la prueba y demostrara que la terminación del

vínculo había sido con causa y con ocasión de su estado de embarazo y posterior lactancia.

VIII. CONSIDERACIONES

El recurso extraordinario contiene varios errores que, no obstante su existencia, la Sala tendrá por superados en virtud de la *flexibilización* de la técnica que viene acogiendo la Corporación.

En efecto, frente al segundo cargo, es necesario mencionar que es propio de la técnica de la acusación que se identifique con claridad no solo la causal de casación utilizada sino la vía de ataque escogida. Resulta ajeno a la idoneidad del recurso que se estructure como un reproche de violar la ley sustancial, sin mención específica del camino por el que se conduce este, sin perjuicio de que sea explicado con suficiencia en la demostración sucesiva del cargo.

A este respecto debe recordar la Corte que ya tiene dicho de tiempo atrás que las vías directa e indirecta de violación de la ley sustancial son excluyentes, por razón de que la primera lleva a un error jurídico, mientras que la segunda, conduce a la existencia de uno o varios yerros fácticos. De ahí que su tratamiento, desarrollo y análisis deba realizarse por separado (CSJ SL16290-2017, CSJ SL13779-2017, CSJ AL4320-2017, CSJ SL8952-2017 y CSJ SL9681-2017).

De otro lado, es evidente que el cargo segundo, presentado por la vía indirecta, flaquea en la formulación

concreta de la proposición jurídica, lugar donde se identifica con exactitud cuál es el abanico normativo de lo que constituye la legalidad que se pretende proteger o reivindicar con el recurso extraordinario.

Sobre este particular la Corte ha sentado que a partir del Decreto 2651 de 1991, la rigurosa exigencia técnica del recurso extraordinario de casación cambió aceptándose que basta con citar al menos una sola de las normas nacionales de carácter sustantivo para que el cargo pueda ser estudiado de fondo (CSJ SL10223-2017) y que, por ende, no es necesaria la integración de una proposición jurídica completa sino que basta citar la norma *«[...] que constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada»* (CSJ SL15585-2016 y CSJ SL17794-2016).

En el asunto bajo examen, la recurrente en este cargo no hace mención a las normas sustanciales de alcance nacional que, siendo sustento del fallo impugnado o debiendo haberlo sido, sean consideradas como violentadas con la providencia atacada lo que, por regla general, podría ser suficiente para dar al traste con la demanda de casación como ha sostenido con antelación esta Corporación (CSJ SL1869-2020; CSJ SL1564-2020; CSJ SL1992-2020; CSJ SL1546-2020; CSJ SL1543-2020; CSJ SL2015-2020 y CSJ SL839-2020).

En la misma vía, se equivoca la casacionista cuando hace un planteamiento que no involucra la descripción

concreta del *submotivo* de violación de la ley sustancial en que se incurrió presuntamente y que originó sus errores, así como no fueron delimitadas estrictamente sus causas y consecuencias.

Ciertamente, se acusa a la sentencia del Tribunal de violar indirectamente la ley sustancial por la «*falta de apreciación*» de una prueba y la errónea apreciación de otra, sin explicación concreta y concisa de los conceptos de violación de la ley sustancial misma, los cuales corresponden a la *infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea* de aquella. Además, es deber de la casacionista precisar minuciosamente ello, pues para el ataque formulado por la senda de los hechos aquel *submotivo* de ataque corresponde por regla general a una *aplicación indebida* y por excepción a una *infracción directa*, pero nunca la *interpretación errónea*, propia de la vía directa.

A este propósito, vale decir, además, que resulta ajeno a la técnica, que la sociedad recurrente intentara demostrar un error del Tribunal con base en el interrogatorio de parte rendido por su propio representante legal, lo que a todas luces resulta improcedente comoquiera que la naturaleza de dicha prueba es que sirva de vehículo para lograr una confesión, entendida ésta como la declaración de hechos que le produzcan un efecto adverso.

Luego, si pretende hacer uso de sus propias declaraciones en un interrogatorio de parte –como aquellas dirigidas a demostrar que la desvinculación de la trabajadora

estuvo fundada en una decisión empresarial de la casa matriz, ajena a su manejo interno-, resulta obvio que busca beneficiarse de las afirmaciones que son producidas por ella mismo, como si le fuera dado fabricar su propia prueba, lo que resulta por completo inadmisibile.

Vale aclarar que sobre el particular tiene dicho la Corte que «[...] *el interrogatorio de parte en sí mismo considerado no es un medio hábil en la casación del trabajo, salvo que, en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, contenga la confesión de algún hecho*» (CSJ SL, 29 julio 2008, radicado 32044, reiterada en CSJ SL10880-2017), por lo que debe analizarse el medio de prueba en función de la verificación de si existe en él verdaderamente una confesión, que haga del mismo una prueba calificada para la sede extraordinaria.

Así lo dejó dicho la Sala en providencia SL10756-2017, en cita de la sentencia del 30 de octubre de 2012, radicado 39668:

De otro lado, el recurrente señala como confesión del representante legal de la demandada, lo que no es cosa distinta que declaraciones en su propio favor, o sea que en últimas pretende derivar errores del juzgador del interrogatorio de parte el cual en sí mismo no está consagrado como medio demostrativo susceptible de generar la ocurrencia de errores de hecho, ya que el artículo 7 de la Ley 16 de 1969 establece “El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular...” (subraya la Corte), norma en la que no aparece dicho medio de convicción, pues este solamente será prueba calificada en casación cuando contenga confesión, esto es, cuando el absolvente reconozca hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas, o que favorezcan a la contraparte, lo que no sucede con las manifestaciones del absolvente.

Conforme a lo visto, resulta claro que no es posible tener por prueba calificada el interrogatorio de parte que ha rendido la misma recurrente. La misma suerte corre el testimonio de Betty Jacqueline Torres, dada la restricción del artículo 7 de la Ley 16 de 1969.

Con todo, la Sala tiene por superados las anteriores irregularidades dado que verdaderamente para el problema jurídico planteado basta la descripción y exposición del yerro que se le atribuye al Tribunal por el primero de los cargos, por la vía directa.

El problema jurídico que se presenta a la Corte para su estudio consiste en determinar si se equivocó el Tribunal al revocar la providencia del juzgado argumentando que, el despido de la trabajadora se produjo con ocasión o por razón del disfrute del período de lactancia, toda vez que la terminación del contrato, no se fundó en alguna de las justas causas contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo.

En este sentido, la pregunta de fondo que responderá la Corte es si resulta legal el despido de la trabajadora durante el período de lactancia, cuando este se produce sin justa causa.

Para la Sala, un juez no interpreta de forma errada la norma cuando estima que el despido de la trabajadora durante dicho tiempo, para que sea procedente, debe obedecer a alguna de las justas causas que establece la

legislación laboral. Por esta razón, se advierte que el tribunal no incurrió en el error que se le atribuye.

Para sustentarlo, en primer lugar se describirá el marco normativo internacional, posteriormente se referirá la Corte a la forma cómo se incluyó dicha protección a la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano y por último analizará las particularidades del caso concreto.

I. Mandatos internacionales frente a la maternidad

La Organización Internacional del Trabajo ha realizado un significativo desarrollo en torno a la protección de la mujer trabajadora, principalmente cuando se encuentre en período de gestación y lactancia. Sobre el punto, los Convenios 3 de 1919, 103 de 1952 y el 183 de 2000, establecieron la duración adecuada a título de licencia de maternidad en 6, 12 y 14 semanas respectivamente; en tanto que la Recomendación 191 del 2000 determinó que los Estados miembros deben procurar extender la duración de esta a 18 semanas como mínimo.

Los citados instrumentos, además prohíben el despido de la mujer en embarazo, licencia de maternidad y período de lactancia. Frente a este último aspecto, contemplan que los Estados miembros tienen el deber de asegurar que las mujeres lactantes puedan interrumpir sus jornadas laborales así como acortarlas para poder alimentar adecuadamente a su hijo o hija.

La legislación internacional encuentra su fundamento en la protección de la estabilidad laboral de la mujer, conciliándose su decisión reproductiva con su rol productivo, de manera que la licencia de maternidad permite,

[...] la recuperación y descanso de las mujeres tras el parto así como establecer y mantener la lactancia exclusiva. Es importante también para que la mujer pueda adaptarse psicológica y emocionalmente a la nueva situación; para crear vínculos afectivos con el recién nacido [...]. La licencia de maternidad constituye un incentivo para que las madres mantengan un vínculo con el mercado laboral y se reincorporen al trabajo al finalizar su licencia de maternidad (OIT, 2012, p. 29).

En este mismo contexto se resalta la relevancia e importancia de la lactancia dentro del desarrollo de la maternidad pues,

[...] contribuye a la salud de la madre y del/de la recién nacido/a. Después del parto, muchas mujeres se enfrentan a la posibilidad de la pérdida del empleo y de los ingresos, y no pueden permitirse interrumpir el trabajo para alimentar al/a la recién nacido/a. Si en el lugar de trabajo no hay ayuda para la lactancia, la actividad laboral y la lactancia son incompatibles (OIT, 2013, p.14).

Una interpretación sistemática de lo anterior muestra que la licencia de maternidad no se centra exclusivamente en la recuperación física de la mujer, sino también en su bienestar y en el del recién nacido, procurando un espacio para la formación de vínculos afectivos entre ambos. Por esto, esta prestación debe ser vista de manera integral incluyendo la recuperación, la atención del niño o niña y con ello la lactancia.

II. La protección a la mujer trabajadora durante el período de gestación, la licencia de maternidad y la lactancia

En Colombia, apenas en 1950 el trabajo femenino fue protegido legalmente y con la Constitución de 1991 se inauguró un nuevo escenario donde las transformaciones con contenido de género buscaban pasar de la igualdad formal a la real. De ahí que, entre otros, el artículo 43 estableciera:

Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (subraya la Sala).

La citada protección estatal, al interior de la normativa reguladora de las relaciones laborales encuentra su desarrollo en las garantías que contempla el Código Sustantivo del Trabajo para proteger a la trabajadora gestante durante la prestación del servicio y en un período posterior al parto. Sobre el punto el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.

3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término (subraya la Sala).

De la norma antes transcrita se desprenden tres escenarios que es preciso diferenciar, aclarando que en todos existe una protección especial a la trabajadora, cada uno con sus respectivas particularidades, pero atendiendo a la misma finalidad, esto es, amparar a la mujer, al recién nacido y al grupo familiar.

a. Primer escenario: La protección de la trabajadora en embarazo durante la ejecución del contrato de trabajo

La protección a la mujer embarazada busca garantizar su permanencia en el trabajo frente a una posible discriminación dada su condición de gestante. Para los efectos, el legislador estableció una presunción en el numeral 2 del artículo 239 antes transcrito, cuyo consecuencia es relevar a la trabajadora de la carga de probar el motivo que

condujo a la terminación de la relación laboral, entendiéndose que su móvil es discriminatorio.

Al respecto resulta útil recordar que el *thema probandum* hace referencia a los hechos que interesan al proceso, distinguiendo que por disposición legal algunos están eximidos de prueba, siendo diversos los motivos para que ello ocurra. Dentro de este grupo se encuentran las presunciones, es decir,

[...] inferencias lógicas que hace el legislador, partiendo de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, que es precisamente el *presumido*; se requiere que la circunstancias o antecedentes sobre los cuales se base la existencia de ese hecho conocido, estén plenamente probadas. [...] En que medida el hecho *presumido* es excepción al tema de probar: En la medida en que alegado el hecho *presumido* por alguna de las partes que intervienen en el proceso, no tiene que demostrarlo, porque se da por sentado que existe el hecho; así lo señala el inciso segundo del artículo 166 CGP, al expresar: “*El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario, cuando la ley lo autorice*”¹.

En el ámbito jurídico las presunciones se dividen en dos: las legales y las simples o judiciales. En las primeras, se distinguen las presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contrario y las presunciones *iuris et de iure* que no admiten prueba en contrario (CC C-731-2005).

En esa medida debe identificarse si esta es legal o simple, pues según sea una u otra admitirá o no prueba en contrario. En esta segunda posibilidad, se produce un

¹ Giacomette Ferrer, Ana Zenobia. *Teoría General de la prueba: concordada con la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso y soportes jurisprudenciales*. 4ª. Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017.

desplazamiento o inversión de la carga de la prueba, dado que, quien alega el hecho no tiene que acreditarlo y es la parte contraria la que debe desvirtuarlo.

Aplicando lo expuesto al tema bajo estudio, el legislador estableció en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo una de las llamadas presunciones legales *iuris tantum* porque admite prueba en contrario. De manera que esta le es favorable a la trabajadora, que si es despedida mientras se encuentra en el período de gestación o dentro de los tres meses posteriores al parto, le desplaza al empleador la carga de probar que la terminación no tuvo fines discriminatorios.

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que el empleador bajo ninguna circunstancia puede terminar el contrato de trabajo de una mujer embarazada? La respuesta es no. La interpretación armónica de la norma implica que los empleadores conservan sus facultades de organización, dirección y control dentro de la organización, pero al tratarse de una mujer en estas condiciones (gestación o tres meses posteriores al parto), antes de proceder al despido debe solicitarse la autorización ante el Inspector de Trabajo en los términos del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo que establece:

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible>² Para poder de despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los

2 Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia CC C-005-17 «en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)».

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.

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el {empleador} para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

La Corte Constitucional se ocupó de estudiar la razón de ser de esta especial protección, entre otras, en la sentencia CC SU-070 de 2013 donde se estimó que *«[...] la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer»*.

b. Segundo escenario: La protección de la mujer durante los tres primeros meses después del parto

Una vez la mujer trabajadora da a luz comienza a disfrutar de la licencia de maternidad. Se trata de un tiempo crucial concedido a la mujer trabajadora para que se recupere del parto al tiempo que brinda los cuidados necesarios al recién nacido/a.

En Colombia el período de la licencia de maternidad se ha ido incrementando gradualmente. Inicialmente se estableció una protección remunerada durante ocho

semanas, luego la Ley 50 de 1990 la elevó a doce, con la Ley 1468 de 2011 se aumentó a catorce y finalmente la Ley 1822 de 2017 la incrementó a dieciocho, entre otras razones, para armonizar nuestra legislación con los mínimos establecidos por la OIT, tal y como ya se señaló.

En este sentido, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo distingue entre la licencia de maternidad *preparto* y *posparto* así:

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad *preparto*. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) *posparto*. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el *posparto* inmediato.

b) Licencia de maternidad *posparto*. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Además de la licencia de maternidad, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo extiende los efectos de la estabilidad laboral reforzada a la madre trabajadora durante los tres meses posteriores al parto, manteniendo la *presunción* a su favor en caso de ser despedida. Así las cosas, cuando la trabajadora sea desvinculada en ese interregno sin autorización del inspector del trabajo, se entenderá que el contrato se mantuvo vigente y consecuentemente, habrá

lugar a reconocer los salarios, las prestaciones dejadas de cancelar y la indemnización señalada en la ley.

c. Tercer escenario: La protección durante el período de lactancia

Como fue expuesto, ha explicado la OIT que la lactancia materna contribuye a la salud de la madre y del recién nacido/a, y a pesar de las recomendaciones dirigidas a la búsqueda de que se cumpla con ella por un período exclusivo y cada vez mayor, las mujeres se enfrentan a la posibilidad de la pérdida del empleo y de ingresos.

Pues bien, el legislador colombiano estableció en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo un «*Descanso remunerado durante la lactancia*» mediante el cual el empleador está obligado a conceder a la trabajadora dos descansos de treinta minutos cada uno dentro de la jornada laboral y con el fin de amamantar a su hijo/a durante los primero seis meses de vida.

Con respecto al despido y sus efectos, esta Corte ha explicado que en el segundo trimestre posterior al parto, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, con la diferencia que en esta oportunidad, «[...] *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*» (CSJ SL4280-2017).

Esto quiere decir que, si se produce el despido en este período, es la madre trabajadora quien debe probar que el finiquito contractual obedece o se relaciona con la maternidad. Esta postura también es acogida por la la Corte Constitucional a través de la sentencia CC SU-075 de 2018 en la que se señaló:

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

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

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

En tal sentido, la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los cuatro meses posteriores al parto. **No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del quinto mes posterior al parto, cuando ha culminado el término de su licencia de maternidad.** Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo.

De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que “*en el segundo trimestre posterior al parto, y por*

*efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, **permanece vigente la protección a la trabajadora lactante**, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP". En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.*

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

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

Ocurre entonces una inversión de la carga de la prueba en la *presunción* cuando el despido ocurre durante este período en el que se busca cumplir el desarrollo de la lactancia por parte de la trabajadora. Así, la presunción ahora se desplaza en favor del empleador, de manera que es a la trabajadora a quien le corresponde probar que el despido fue motivado en un acto de discriminación o como consecuencia de su estado de maternidad.

Pero, ¿cómo podría la madre trabajadora que es despedida demostrar el móvil del despido? Precisamente cuando la terminación del contrato no se corresponde con alguna de las causas que el legislador ha establecido como

justas, debe entenderse que dicha decisión vulnera la protección legislativa internacional y nacional atribuida a la mujer durante este período.

Aceptar lo contrario sería olvidar que la madre trabajadora en la época de la lactancia goza de una estabilidad y que por esa razón, no se encuentra en el mismo plano de otros empleados y empleadas a quienes puede terminárseles su contrato de trabajo sin justa causa, pagando la correspondiente indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo.

3. Caso concreto

No existe controversia sobre los siguientes supuestos fácticos: **(i)** que la demandante se encontraba al servicio de la entidad cuando estaba embarazada y comenzó a gozar de su licencia de maternidad desde el 13 de abril de 2015; **(ii)** que fue despedida sin justa causa el 21 de julio de 2015, esto es, después de los primeros 3 meses siguientes al parto y **(iii)** que le fue pagada la indemnización legal correspondiente.

Reprocha la censura el entendimiento que dio el Tribunal al artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y aduce que el fallador se equivocó «[...] *al dar por demostrado sin estarlo que la empresa dio por terminado el contrato de trabajo por causa y con ocasión del estado de embarazo*».

Para la Sala, la interpretación del Tribunal no es errada, por el contrario, se ajusta a los lineamientos

jurisprudenciales en relación con la protección de la maternidad, pues es cierto, como lo dice el fallador, que cuando la mujer se encuentra en el periodo de lactancia y es despedida,

[...] este motivo debe ser legalmente admisible, es decir, estar enlistado en una de las justas causas de terminación del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, o en una justa causa de las del artículo 62 ibídem, pero en el presente caso, al no estar acreditado ninguno de los dos supuestos normativos, puede inferirse válidamente que efectivamente el motivo del despido fue el periodo de lactancia de la trabajadora, toda vez que esta apenas llevaba unos escasos días de la labor luego de reintegrarse de su licencia de maternidad (subraya Sala).

Para llegar a esta conclusión, analizó las pruebas del expediente, dentro de estas merece especial atención la comunicación del 21 de julio de 2015 mediante la cual la empresa le da por terminado el contrato de trabajo a la señora Cortés Pedraza, en la que informan:

Comendidamente, nos permitimos informarle que la Compañía ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo sin una justa causa comprobada, de conformidad con lo estipulado en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

La anterior decisión la tomamos teniendo en cuenta que la empresa ha decidido contratar su planta de personal administrativo mediante la figura de outsourcing (tercerización) y desafortunadamente no tenemos un puesto de trabajo para que usted continúe en el cargo que venía desarrollando (subraya la Sala).

Nótese que la misma demandada inicialmente reconoce que no existe justa causa para dar por terminado el contrato y posteriormente aduce una reestructuración, lo que constituye otra razón para que el Tribunal concluyera que el verdadero motivo del despido fue el estado de la trabajadora. Tanto es así, que a su juicio, la empresa no demostró que «[...]

hubiese hecho lo mismo con otros trabajadores que estarían en la misma situación de la aquí demandante, es decir, que con otros cargos administrativos de la entidad hubiera procedido de la misma manera».

Cumple precisar que en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo que contiene las justas causas para dar terminado el contrato de trabajo se establece un tipo de reestructuración administrativa como la expuesta por la empresa, facultad que en principio es otorgada a las entidades públicas, luego no es legal el despido por parte de un trabajador con fundamento en este motivo (CE, abril de 2007, radicación 2585).

De cualquier forma la Sala no encuentra que la apreciación probatoria efectuada para lograr la libre formación de su convencimiento, hubiese sido contraevidente o arbitraria, pues realizó un análisis conjunto de las *pruebas que consideró* relevantes para definir los hechos controvertidos en instancia y llegó a la conclusión de que el despido de Mileidy Jobanna Cortés Pedraza fue con *«[...] ocasión o en razón de la licencia de lactancia y habiendo ocurrido el hecho dentro del término de 6 meses previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, es el motivo por el cual dicha terminación carece de efectos, por ser ineficaz de pleno derecho».*

Al respecto la Corte ha adoctrinado que no cualquier desacierto puede dar lugar a la anulación de lo resuelto por el juez de segunda instancia, en tanto que solo tienen ese

efecto aquellos errores provenientes de la lectura abiertamente equivocada de un medio de convicción, o cuando se deja de apreciar un elemento probatorio que es esencial para desatar la controversia (CSJ SL1511-2020).

Bajo este panorama, lo que es incontrastable para la Sala es que, ciertamente, la protección a la maternidad en favor de la demandante estaba comprendida por todo el período de gestación, la licencia de maternidad y el período que facilita la lactancia, entendidos como un todo, a la luz de los artículos 236 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Por las razones expuestas, los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente. Se estiman las agencias en derecho en la suma de ocho millones ochocientos mil pesos (\$8.800.000), que se incluirá en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. 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, **NO CASA** la sentencia proferida el cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario

laboral seguido por **MILEIDY JOBANNA CORTÉS PEDRAZA**
en contra de **TUNER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.**

Costas como quedó dicho en la parte motiva de esta
providencia.

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


ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA


OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA


GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Aclara voto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada ponente

SL4638-2021

Radicación n.º 81903

Acta 35

Si bien en la sesión donde fue objeto de debate la sentencia de la referencia manifesté que aclaraba el voto, después de una nueva revisión del presente asunto, debo exponer que concuerdo absolutamente con la decisión.

Fecha *ut supra*,



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado