***ORALIDAD***

***Providencia****: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 1º de octubre de 2015.*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2013-00482-01*

***Proceso****:**Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Paola Andrea Díaz Sánchez*

***Demandado:*** *Saint Andrew`s S.A.*

***Juzgado de origen****: Primero Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: El reintegro como medida de protección reforzada derivada de la maternidad:*** la jurisprudencia patria ha sostenido que el reintegro o renovación del contrato de trabajo es la medida de protección principal derivada del fuero de maternidad, que por excelencia garantiza el derecho efectivo al trabajo de la mujer en condición especial, pues le permite conservar la relación laboral en la cual se desempeña y enfrentar con dignidad el evento del embarazo o en nacimiento de su hijo. el operador judicial debe examinar el caso puesto a consideración y decidir cuál es el alcance que debe dar a las medidas de protección efectivas al fuero de maternidad –principales o subsidiarias, de modo que en aquellos eventos en que razonadamente operen causas objetivas, generales y legítimas para poner fin a la relación laboral, la orden de reintegro o renovación del contrato de trabajo, se torna improcedente.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy seis (06) de octubre de dos mil quince (2015), siendo las tres y quince minutos de la tarde (3:15 p.m.), reunidos en la Sala de Audiencia la magistrada y los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Paola Andrea Díaz Sánchez** contra el colegio **Saint Andrew`s S.A.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, a modo de introducción, se tiene que la demandante **Paola Andrea Díaz Sánchez**, pretende que se declare contra la demandada (i) la existencia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, desde el 16 de enero de 2008, cuya duración inicial se pactó a 11 meses y seis días y se prorrogó por tres veces consecutivas, convirtiéndose en un contrato a término fijo a un año; (ii) la terminación ineficaz del contrato por mutuo acuerdo suscrita entre las partes, por encontrarse viciada en el consentimiento; (iii) que el contrato terminó por causa imputable al empleador el 11 de octubre de 2011, encontrándose en estado de debilidad manifiesta, y por ende, bajo la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, pide que se condene a la sociedad demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando y a cancelar todos los emolumentos laborales dejados de percibir desde el 11 de octubre de 2011, fecha en que culminó el nexo laboral y, hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, igualmente se condene al pago del reajuste de la liquidación de salarios y prestaciones sociales, de las cotizaciones a seguridad social, a la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T. y 361 de 1997, a la indexación de las condenas y las costas procesales.

Como pretensión subsidiaria pretende el pago de la indemnización por despido injusto consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

Las preinsertas súplicas descansan en que la actora se vinculó al servicio de la demandada, mediante contrato a término fijo inferior a un año, cuya duración inicialmente se pactó a 11 meses y seis días; que el primer contrato inició el 16 de enero de 2008 y se extendió hasta el 22 de diciembre de ese mismo año; que trabajó sin solución de continuidad hasta el 4 de octubre de 2011, fecha en la cual culminó la relación laboral; que se desempeñó como Coordinadora Administrativa, siendo la encargada de la revisión de hojas de vida, de la contratación y vinculación de personal a la institución, verificación de normas de calidad, de cumplimiento de tareas, labores, elaboración y expedición de documentos, entre otros; que la jornada laboral era de lunes a viernes de 8 a.m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m., y los sábados del 8 a.m. a 12 m.; que devengó para el año 2010 un salario equivalente a$ 1`000.000, incrementándose para el 2011 en $ 1`900.000.

Aduce que ejerció su labor de manera personal, recibiendo órdenes de la señora Alicia Elena Candamil Peláez, quien le indicaba expresamente las tareas y funciones a ejecutar; que en el mes de noviembre de 2010 dio a conocer a su empleador su estado de gravidez, el cual tuvo complicaciones puesto que sufría de gastritis crónica, obesidad y cálculos renales, siendo de alto riesgo; que debido a las incapacidades laborales en su gestación, se suscitaron diferencias entre ella y la rectora del colegio, quien dejó entrever su intención de finalizar el nexo laboral, no sólo por su estado de salud, sino también por cuestiones laborales.

Refiere que para la época de la licencia de maternidad, en repetidas ocasiones recibió llamadas telefónicas de la rectora y del asesor jurídico del colegio, con el fin de que de mutuo acuerdo dieran por terminado el contrato de trabajo; que una de ellas tuvo lugar el 4 de octubre de 2011, en la que el jurídico del plantel educativo le indicó que debía finiquitar en buenos términos la relación laboral y para ello debía firmar un documento de terminación del contrato o presentar su carta de renuncia, pues de no proceder de conformidad, se vería incursa en un proceso penal, motivo por el cual se vio obligada, contra su voluntad, mientras disfrutaba de su licencia de maternidad y periodo de lactancia, a firmar un documento en el que se daba por terminado por mutuo acuerdo el contrato de trabajo; y que la accionada ningún trámite adelantó ante el Ministerio de la Protección Social.

Luego de intentarse vanamente la notificación personal del demandado, se realizó el respectivo emplazamiento, de conformidad con el artículo 29 del C.P.L.; la curadora ad-litem que se designó para representar sus intereses contestó la demanda en la oportunidad debida, sin oponerse al despacho favorable de las pretensiones. Propuso como único medio exceptivo la prescripción.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza de conocimiento puso fin a la primera instancia, declarando que entre Paola Andrea Díaz Sánchez y Saint Andrew´s S.A. se suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, que tuvo como fecha inicial el 16 de enero de 2008, con una duración de 11 meses y seis días, el cual se prorrogó por tres periodos consecutivos, al cabo de los cuales se renovó por el periodo de un año. Así mismo, declaró que la terminación del contrato se produjo el 4 de octubre de 2011, por causas imputables al empleador, en razón del estado de estabilidad laboral reforzada de la que gozaba la demandante, a raíz de la licencia de maternidad que venía disfrutando, y por no contar con el permiso del Ministerio del Trabajo, siendo entonces ineficaz el acuerdo suscrito entre las partes que daba por terminado en contrato de trabajo.

En consecuencia, condenó a la sociedad demandada al pago del reajuste de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, entre el salario mínimo legal mensual vigente y la suma de $ 1`610.850, por el periodo correspondiente al 1º de enero al 4 de octubre de 2011. Impartió condena igualmente por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización de que trata el artículo 239 del CST.

En la motiva de la decisión, para lo que interesa a esta segunda instancia, la operadora judicial concluyó que no era procedente ordenar el reintegro de la trabajadora, pues ello no sólo perjudicaría su salud, tal como lo revelaron los testigos, sino que también se crearía un mal clima laboral entre los sujetos de la relación contractual, puesto que la señora Alicia Candamil Peláez, responsable directa del despido injusto de la actora, funge como representante legal de la sociedad demandada y naturalmente que habría de existir entre ellas, trabajadora y empleadora, una relación directa para la ejecución de las labores.

Inconforme con la decisión la demandante interpuso la alzada, oponiéndose a la negativa del reintegro por parte de la a-quo. Aduce que si bien el clima laboral sería difícil, es ella en calidad de trabajadora, quien debe decidir si continúa con la prestación personal del servicio o renuncia de manera voluntaria, empero, debe ordenarse el pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho, desde el momento en que se produjo el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro, pues de no ser así, su patrimonio se vería en menoscabo, como quiera que la indemnización por despido injusto impuesta por la jueza de conocimiento le resulta más desfavorable.

***Problema jurídico*.**

Vista la panorámica anterior, el problema jurídico a resolver por la Sala es el siguiente:

*¿Es procedente en este asunto ordenar el reintegro de la trabajadora?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a los voceros judiciales de las partes asistentes a la

audiencia, empezando por la recurrente, con la advertencia de que sus exposiciones

versarán en torno a lo que fue motivo de apelación. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***III. CONSIDERACIONES***

1. **Desenvolvimiento de la problemática planteada.**

En el sub-lite, son supuestos fácticos no controvertidos en esta segunda instancia que la señora Paola Andrea Díaz Sánchez, prestó sus servicios personales a la sociedad demandada desde el 16 de enero de 2008, en calidad de Coordinadora Administrativa; que la relación laboral estuvo regida por sendos contratos de trabajo a término fijo, el último de los cuales se renovó por el término de un año, desde el 30 de septiembre de 2011 hasta el 29 de septiembre de 2012.

Tampoco se somete a discusión que la demandada era conocedora del estado de embarazo de la actora y que la terminación de contrato de trabajo se produjo el 4 de octubre de 2011, es decir, durante el periodo de licencia de maternidad, tal como lo dio por sentado la operadora judicial de primer grado, por lo que tales supuestos se mantendrán incólumes en esta sede. Igualmente, que el despido se produjo de manera injusta, por causas imputables al empleador, siendo entonces ineficaz el acuerdo suscrito entre las partes que daba por terminado el contrato de trabajo, por vicio en el consentimiento de la trabajadora.

Clarificado lo anterior, el reproche de la recurrente está fundado en la negativa del reintegro de la a-quo, pues considera que la indemnización por despido injusto a la cual se accedió, desmejora su situación económica, por cuanto el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde que acaeció el despido y hasta que se haga efectivo el reintegro al cargo que desempeñaba resulta serle mucho más favorable.

Así pues, corresponde a esta Corporación determinar cuál es el alcance que se le debe dar al reintegro como medida de protección reforzada derivada de la maternidad y si en el particular resulta o no procedente.

Para empezar, cabe recordar que el fuero de maternidad reconocido en el artículo 239 del C.S.T. modificado por el artículo 2º de la Ley 1468 de 2011, prohíbe expresamente el despido de las trabajadoras por razón de su estado de embarazo o lactancia, como manifestación del deber de protección de la mujer en esa especial condición consagrado en la Constitución Nacional (art. 43) y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (*entre ellos el art. 25 num.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Protocolo de San Salvador de 1988, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, aprobada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981, reglamentada por el Dto. 1398 de 1990, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado Colombiano el 29 de octubre de 1969, y el art. 6 del Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo*).

Con el fin de asegurar la eficacia de esa prohibición, el artículo 240 de esa misma obra sustantiva impone al empleador una autorización ante el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal, para despedir a la trabajadora durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto; dicha autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, excluyendo de esa manera la existencia de discriminación a la mujer en estado de gravidez o en licencia de maternidad, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal situación puede implicar para las empresas.

A su vez, el articulo 241 ibídem, establece la ineficacia del despido durante descansos remunerados o licencia por enfermedad, motivada por el embarazo o parto, de modo que carece de todo efecto el despido que el empleador comunique en tales periodos a su empleada, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente.

Al compás de dichos mandatos legales, es dable entender que si el empleador hace efectiva la desvinculación durante el lapso de embarazo o el término de lactancia, sin tener en cuenta el tiempo de protección a la maternidad y sin autorización de las autoridades respectivas, dicha medida de despido es nula e ineficaz, quedando entonces vigente el nexo laboral.

Bajo tal perspectiva, con el fin de extender la protección general de las mujeres gestantes o en licencia de maternidad, en aplicación del principio de estabilidad laboral, (artículo 43 C.N), la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el reintegro o renovación del contrato de trabajo es la medida de protección principal derivada del fuero de maternidad, que por excelencia garantiza el derecho efectivo al trabajo de la mujer en condición especial, pues le permite conservar la relación laboral en la cual se desempeña y enfrentar con dignidad el evento del embarazo o el nacimiento de su hijo.

Por ello, la sentencia de tutela T-082 del 16 de febrero de 2012 exige al juez verificar simplemente si el empleador ha obtenido el permiso ante la autoridad competente, para proceder al despido de la trabajadora por la configuración de una justa causa, pues a contrario sensu, el despido se presume discriminatorio, al tenor de lo preceptuado en el Código Sustantivo del Trabajo, siendo entonces procedente el reintegro sin ninguna consideración adicional, siempre que subsista la materia del contrato de trabajo.

Sin embargo, en dicho proveído el órgano de cierre constitucional admitió algunas situaciones excepcionales del reintegro de la mujer amparada con el fuero de maternidad, cuales son:

1. *Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta,*
2. *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos**,*
3. *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y,*

*(iv) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.*

Con base en los criterios citados anteriormente el operador judicial debe examinar el caso puesto a consideración y decidir cuál es el alcance que debe dar a las medidas de protección efectivas al fuero de maternidad –principales o subsidiarias, de modo que en aquellos eventos en que razonadamente operen causas objetivas, generales y legítimas para poner fin a la relación laboral, la orden de reintegro o renovación del contrato de trabajo, se torna improcedente.

Posteriormente, ante las distintas situaciones fácticas de despido de mujeres gestantes o en periodo de maternidad, dicha corporación mediante sentencia SU-070 de 2013, unificó el criterio en aras de determinar el alcance de la protección a tales mujeres, en consideración al conocimiento que tuviese el empleador respecto del embarazo de la trabajadora y la modalidad laboral a la cual se encontraba vinculada la trabajadora, y respecto al caso que ocupa la atención de la demandante indicó:

# “reglas sobre el alcance la de protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo

Procede la *protección reforzada derivada de la maternidad*, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: **a)**la existencia deuna relación laboral o de prestación y, **b)** que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

En este orden las hipótesis resultantes son:

(…)

 Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante **CONTRATO A TÉRMINO FIJO**.

2.1 Cuando el empleador **conoce** en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: *En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.***Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación”.**

2.1.2 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el r*econocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.*

Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa según quedó definido en sede de primer grado y se mantiene incólume en esta instancia, pues no fue objeto de disputa, que la desvinculación de la trabajadora acaeció el 4 de octubre de 2011, es decir, previo al vencimiento de la licencia de maternidad de la actora, puesto que según documento visible a folio 238, la misma fenecía el día 8 de ese mismo mes y año, sin que en modo alguno el empleador procurara la autorización para el despido por justa causa ante la autoridad administrativa correspondiente. Adicional a ello, se tiene que el despido se dio antes de la expiración del plazo pactado, pues la entidad demandada no hizo uso de la facultad de preavisar su intención de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo, por lo que éste se renovó por periodo de un año hasta el 29 de septiembre de 2012.

Acorde con lo anterior, debe presumirse entonces que la razón del despido injustificado de la demandante, se dio en razón de su especial estado de maternidad, de antemano conocida por el empleador, por lo que se infiere fue discriminatorio, lo que haría procedente el reintegro solicitado por la recurrente.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que las razones que fundaron la negativa de la a-quo frente a la pretensión principal del reintegro de la trabajadora, constituyen simplemente criterios de desaconsejabilidad de la medida de protección principal, pues adujo posibles afecciones de salud de la trabajadora y un mal clima laboral, los cuales no se encuentran en ninguna de las causales por vía jurisprudencial se han determinado y que harían improcedente el reintegro, aunado a que la desvinculación de la actora ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, tal como se dijo precedentemente, pues no medió ninguna causa objetiva, general y legítima para poner fin a la relación laboral, se revocará el literal se revocará el literal “e” del ordinal 6º, que reconoció la indemnización por despido injusto, para en su lugar ordenar al Colegio Saint Andrew´s proceda a reintegrar a la señora Paola Andrea Díaz Sánchez al cargo que venía ocupando o a uno igual o semejante y le cancele los salarios los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su despido, esto es, el 4 de octubre de 2011, y hasta la fecha en que se efectúe el reintegro.

Sin costas en esta instancia dada la prosperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

**1**. **Revocar** el literal “e” del ordinal 6º de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, para en su lugar, ordenar al **Colegio Saint Andrew´s S.A.** proceda a reintegrar a la señora **Paola Andrea Díaz Sánchez** al cargo que venía ocupando o a uno igual o semejante y le cancele los salarios los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su despido, esto es, el 4 de octubre de 2011, y hasta la fecha en que se efectúe el reintegro.

1. **Confirma** todo lo demás.
2. Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida **EN ESTRADOS.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

- Impedido -

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

Secretaria