



Ministerio de la Protección Social
República de Colombia



10240 41364

Bogotá, 18 FEB. 2011

Señora
MARÍA LUCÍA MARTÍNEZ LESMES
E – mail: malumale@hotmail.com

URGENTE

ASUNTO: Radicado 31736
Despido de embarazada

Señora Maria Lucía:

Damos respuesta a su solicitud de concepto radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si a pesar de haber omitido informar sobre su estado de embarazo antes de su contratación, el empleador debe continuar con la trabajadora hasta el periodo de lactancia, en los siguientes términos:

Para dar respuesta a su inquietud, se observa necesario señalar que la maternidad goza de una especial protección del Estado, así como la trabajadora, por el simple hecho del embarazo, obtiene una estabilidad laboral reforzada de origen constitucional, denominado "fuero de maternidad" por la Corte Constitucional, en cuya sentencia T – 040A de 22 de enero de 2001, señaló:

"En múltiples oportunidades esta Corporación se ha pronunciado respecto a la especial protección, que consagra la Constitución a la mujer en estado de embarazo; es así como la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una "estabilidad laboral reforzada"; asimismo ha indicado, que el despido de la mujer por razón de su estado de gestación es ineficaz y, por lo tanto, procede el reintegro además del pago de los emolumentos dejados de recibir y las indemnizaciones a las que haya lugar; también ha destacado la jurisprudencia que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral o lo que se ha denominado el "fuero de maternidad" y por último ha considerado que para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable terminar el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo".

Con ocasión de la Sentencia T - 95 de 2008, la Corte Constitucional manifestó que la protección legal dispuesta en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, encontraba sustento cuando las mismas eran apreciadas en sentido extenso y no restrictivo, de tal forma que el Fuero de Maternidad iniciaba no desde la fecha en que la trabajadora diera aviso al empleador de su estado de embarazo, sino



desde cuando fisiológicamente dicho evento ocurrió, y con el fin de garantizar sus derechos constitucionales y legales, la carga de la prueba dejaría de ser el aviso o la notificación que ésta hiciera a su empleador, para bastar con la simple prueba médica de la existencia del nuevo ser, prueba que determinara una fecha cercana del inicio de la nueva vida y que dicho evento, hubiera tenido ocurrencia en vigencia de una relación laboral, independientemente de la duración del contrato de trabajo suscrito.

En consecuencia, el contrato de trabajo de la trabajadora en estado de gravidez deberá mantenerse al menos, durante el periodo de estabilidad laboral reforzada de que trata la norma, cual es durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

- 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 periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente”.*

De la misma manera, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, expresa:

“ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

- 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del inspector de trabajo, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. (resaltado fuera de texto).*
- 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumera 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.*
- 3. Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el inspector del trabajo residente en el lugar más cercano.”*

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.



Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C - 470 de septiembre 25 de 1997 con la ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, sobre el tema de consulta se manifestó en los siguientes términos:

"(...) Así, para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo, tal y como lo prevé el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C - 710 de 1996, "la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio que se trate para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono". En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. (...)" (resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, para dar por terminado el contrato de trabajo a una trabajadora con fuero de maternidad, el empleador deberá solicitar la autorización al Inspector de Trabajo, aduciendo alguna de las justas causas contempladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el despido sin el cumplimiento de los requisitos expuestos, es ineficaz y no produce ninguna consecuencia jurídica como lo señala el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual significa que la relación laboral se mantiene, la trabajadora sigue bajo las órdenes del empleador, aún cuando éste no utilice sus servicios, y tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro ante los jueces laborales.

No obstante, debe indicarse que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad); período dentro del cual se presume que el despido se ha producido por estas causas.

Pero durante la lactancia (período posterior a la licencia de maternidad), si bien existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por este motivo, no se contempló la presunción contemplada para el despido durante el embarazo y licencia de maternidad; motivo por el cual, le corresponderá a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.

Así lo señaló claramente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 17193 de julio 10 de 2002 con la ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz,

"Desde luego lo anterior no significa que durante los tres meses siguientes hasta completar los seis meses de lactancia, la trabajadora quede desprotegida en su estabilidad laboral especial. Lo que sucede es que en estos tres últimos meses tampoco puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia empero, en este caso final le corresponde la carga de la prueba a ella de acreditar que ese fue el móvil del despido, a diferencia de la época del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto, que es cuando opera la presunción legal de que la terminación del contrato fue inspirada en el protetivo motivo del embarazo o la maternidad o la lactancia



Ministerio de la Protección Social
República de Colombia



De manera, que si bien hasta los seis meses después del parto existe la garantía especial de protección a la estabilidad en el empleo relacionada con el embarazo, la maternidad y la lactancia hay dos periodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto, como lo pregonan nitidamente el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; y el segundo, por fuera de los descansos o enfermedad por maternidad hasta los seis meses posteriores al parto, con la aclaración de que en esta segunda hipótesis la carga de la motivación del despido se revierte, tornándose exigente en el sentido de que es quien afirma haber sido despedida por esa censurable razón a quien incumbe demostrarlo”.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

JAVIER ANTONIO VILLARREAL VILLAQUIRÁN
Jefe Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo

Elaboró: Gloria G. 09-02-2011

Revisó: Lilia R.

C:\Documents and Settings\jppg\My Documents\GLORIA GIL\GLORIA GIL 2011\Maternidad\Radicado 31736 contrato de trabajadora embarazada que no informó.doc