



Concepto 100180

Bogotá, D.C., 16 JUNIO 2014

ASUNTO: Radicado 45959
Procedencia de despido trabajadora en estado de embarazo

Damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual solicita autorización para dar por terminado el contrato de una trabajadora en estado de embarazo. Sobre el particular le informamos lo siguiente:

Inicialmente se debe indicar que el empleador no puede dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo de la trabajadora que se encuentre en estado de embarazo, ni siquiera bajo el supuesto de una terminación por justa causa; el Código Sustantivo del Trabajo establece la protección especial a la maternidad y la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia. En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, establece:

"Artículo 239. Prohibición de despido.

- 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*
- 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.*
- 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.*
- 4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14), semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; 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".*

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.*
- 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 trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, pues el despido sin el cumplimiento de los requisitos expuestos no produce ninguna consecuencia jurídica como lo señala el Artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual significa que el contrato de trabajo continúa vigente, la trabajadora sigue bajo las órdenes del empleador aun cuando éste no utilice sus servicios y por ende, las obligaciones del empleador respecto del pago de salarios y prestaciones sociales de ley.

Lo anteriormente indicado significa, 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 esta causa.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia Unificada SU070 de 2013, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, amplió el campo de protección establecido por la norma y unificó los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el mismo tema se había pronunciado dicha corporación, señalando que, la protección a la mujer embarazada va desde su estado de gestación hasta su periodo de lactancia, dijo la Corte:

"La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso -Os 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. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundente del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, "garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos".

En la misma sentencia se señaló también los alcances del fuero de maternidad con el que gozan las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia indicando que:



"Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta 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, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación."

Unificación de jurisprudencia en materia de despido de mujer embarazada:

"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 de una 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."

Teniendo en cuenta lo anterior, el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente ninguna trabajadora o contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ni siquiera bajo el supuesto de una justa causa de terminación, sin previa autorización por parte del Inspector del Trabajo para tal fin, pues como lo dijo la Corte, la protección a la mujer en estado de embarazo protege su gestación y su periodo de lactancia sin importar la relación laboral que se tenga o la modalidad del contrato que se suscriba.

Para solicitar la autorización de despido por justa causa de una trabajadora en estado de gestación, el empleador deberá agotar el procedimiento interno disciplinario y presentar la solicitud de procedencia de despido con las respectivas pruebas que así lo sustentan ante el Inspector de Trabajo de la Dirección territorial de la ciudad de Bogotá.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(Firma en la original)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
en Materia de Seguridad Social Integral