



MinTrabajo
República de Colombia

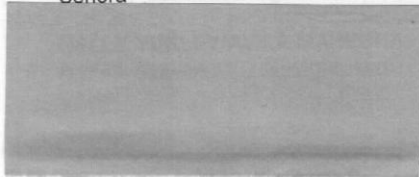
**Prosperidad
para todos**

Bogotá, D.C.,

155201

- 5 AGO 2013

Señora



**SUNTO: Respuesta a consulta radicada
bajo No. 151227. MATERNIDAD**

De la manera más atenta nos permitimos dar trámite a su consulta relacionada con despido de trabajadora que ha cumplido con la licencia de maternidad, a la cual damos respuesta en los siguientes términos:

De la competencia del Ministerio del Trabajo

Inicialmente, resulta pertinente indicarle respetuosamente que este Ministerio no es competente para declarar derechos ni dirimir las diversas controversias que se presentan en las relaciones de los particulares, pues tales declaraciones resultan ser de competencia exclusiva de la Rama Judicial del poder público a través del Juez competente, de conformidad con lo descrito en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), el cual consagra:

"ATRIBUCIONES Y SANCIONES. <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

(...) Dichos funcionarios – del Ministerio del Trabajo – no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Por lo anterior, se le informa que ésta Entidad no puede decidir o definir la situación particular que se plantea en su consulta, sin embargo, con el fin de orientarla, a continuación se le presentan las siguientes consideraciones:

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo, en el Capítulo V establece la protección especial a la maternidad, dentro de la cual hace parte la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia.

En efecto, el Artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, establece:

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

"ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

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 período 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 empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

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, 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, aun 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.

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 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, ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz, en los siguientes términos:

"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 protervo motivo del embarazo o la maternidad o la lactancia

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".

En esta medida, si la trabajadora es despedida una vez finalizada la licencia de maternidad sin justa causa, el empleador tendría que pagar la indemnización de

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



perjuicios que le haya generado la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral, en los términos del Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala:

“ARTÍCULO 64

En todo contrato va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley (artículos 62 y 63 del CST literal B), el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1º, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1º anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción”.

La indemnización a la que se refiere la norma preinserta comprende el lucro cesante y el daño emergente, que se cancela por número de salarios de acuerdo a la duración del contrato y el tiempo laborado, con la cual el empleador le está resarciendo al trabajador



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

por los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales que deja de percibir, por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin una justa causa.

En cuanto al Descanso Remunerado Durante la Lactancia, debe señalarse que toda trabajadora además de la licencia de maternidad y una vez finaliza ésta, tiene derecho a un descanso remunerado durante la lactancia, en los términos del Artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 7° del Decreto 13 de 1967, señalando lo siguiente:

"ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

1. El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis (6) meses de edad. (subrayado fuera de texto)

2. El patrono está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presentare certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos."

Del texto de la norma transcrita se infiere que la finalidad perseguida por la lactancia es conceder a la trabajadora un espacio dentro de su horario para amamantar a su hijo; situación que nos permite intuir que la hora de lactancia se justifica siempre que la trabajadora esté laborando o presentado sus servicios al empleador.

Bajo esta premisa, atendiendo a la finalidad del Artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, entendería la Oficina para el caso en consulta, que si la trabajadora no está laborando efectivamente, por encontrarse en vacaciones, no tendría sentido que el empleador conceda los dos descansos de 30 minutos cada uno.

Del asunto consultado

De acuerdo con lo expuesto, durante la lactancia (periodo 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 correspondería a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

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 las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora (E)

Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas

Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Diego J.

Revisó y aprobó: Andrea C.

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co