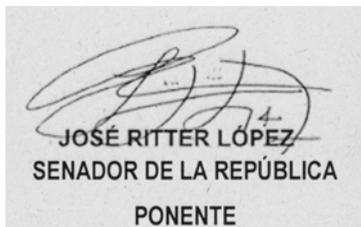


- Ley 361 de 1997, “*por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones*”.
- OEA realizó la “*Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*” de agosto de 2009, misma que fue aprobada mediante la Ley 762 del 31 de julio de 2002 y declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 2003.
- ONU en el texto de la “*Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” de diciembre de 2006, aprobado en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009 y declarado exequible en la Sentencia C-293 del 22 de abril de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia T-149/02.



LA COMISIÓN SÉPTIMA
 CONSTITUCIONAL PERMANENTE
 DEL HONORABLE SENADO DE LA
 REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2018) En la presente fecha se autoriza **la publicación en Gaceta del Congreso de la República**, el siguiente Informe de Ponencia para Primer Debate.

Número del Proyecto de ley: número 137 de 2018 Senado.

Título del Proyecto: “*por medio del cual se otorga un subsidio a las personas encargadas de enfermos terminales y discapacitados que necesitan cuidados permanentes*”.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
 SECRETARIO – COMISIÓN SÉPTIMA

**INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO
 DEBATE PROYECTO DE LEY NÚMERO 62
 DE 2018 SENADO**

por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 20 de noviembre de 2018.

Senador

HONORIO MIGUEL HENRÍQUEZ PINEDO

Presidente Comisión Séptima

Senado de la República

Ciudad

En cumplimiento del encargo realizado por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima del Senado de la República, presentamos Informe de Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de ley número 62 de 2018 Senado, “*por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones*”.

La presente ponencia consta de las siguientes partes:

1. Trámite
2. Objeto y contenido del proyecto de ley
3. Conceptos
4. Análisis del proyecto de ley
5. Pliego de modificaciones
6. Proposición
7. Texto propuesto para segundo debate

1. TRÁMITE:

El proyecto de ley objeto de estudio es de autoría del honorable Senador Armando Benedetti Villaneda; fue radicado ante la Secretaría General del Senado de la República el pasado 25 de julio de 2018; así mismo, la iniciativa fue repartida a la Comisión Séptima del Senado de la República, por ser materia de su competencia.

El 1° de agosto de 2018 fue radicado, en la Comisión Séptima del Senado de la República, el expediente del Proyecto de ley número 62 de 2018 Senado, “*por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones*” y la Mesa Directiva designó como ponentes a los Senadores Carlos Fernando Mota Solarte (Coordinador), Victoria Sandino Simanca Herrera y José Ritter López Peña, con un término de 15 días calendario para la rendición del informe solicitado.

El 24 de agosto de 2018, los Senadores Ponentes solicitamos una prórroga al término inicialmente otorgado para rendir el Informe de Ponencia para Primer Debate, debido a que no se habían recibido los conceptos de las entidades competentes en la materia frente a la iniciativa en

cuestión. La prórroga fue otorgada por un término igual al inicial y notificada el pasado 28 de agosto de 2018.

Se radica informe de ponencia para primer debate el 12 de septiembre de 2018 y se publica ponencia para primer debate mediante Oficio CSP-CS-0894-2018 el 13 de septiembre del presente año. El 9 de octubre de 2018 inició discusión y se aprobó proposición final de la ponencia.

Se da inicio a la discusión con la intervención del Coordinador ponente quien explica el objeto del proyecto y hace referencia al esfuerzo por tratar de generar un equilibrio entre la propuesta inicialmente planteada por el autor de la iniciativa y los ponentes que fueron asignados para el primer debate.

El Senador Carlos Fernando Mota expone que la iniciativa presentada por el Senador Armando Benedetti tiene cuatro aspectos fundamentales. El primero; ampliar por un tiempo de hasta 52 semanas, la licencia de maternidad cuando el recién nacido presente alguna enfermedad que requiera atención médica, observación médica las 24 horas, previo a un examen médico o clínico.

El segundo, ampliar el fuero de maternidad de tres (3) meses a doce (12) meses. El tercer punto de la iniciativa pretende modificar el ordenamiento jurídico actual, que tiene que ver con la ampliación de la indemnización cuando se despide sin el previo análisis o autorización del Ministerio de Trabajo, de los Inspectores de Trabajo a una mujer embarazada o en período de lactancia, aumentar esa sanción que hoy de sesenta (60) días a noventa (90) días. Por último se propone una modificación con la posibilidad de permitirle a la mujer trabajadora, retirarse o salir del horario laboral una hora antes de que este horario termine o culmine, durante el período de lactancia.

El senador Mota también aclara que, luego de estudiar los principios constitucionales, de hacer un análisis detallado junto con el Senador José Ritter López y la Senadora Victoria Sandino, de la Jurisprudencia, de los convenios y tratados internacionales se realizó un pliego de modificaciones al proyecto el cual fue expuesto ante la comisión.

Las modificaciones consistieron en que la licencia de maternidad pueda ser aumentada, según diagnóstico médico, hasta 24 semanas, en caso de que el recién nacido requiera observación médica las 24 horas del día. El fuero de maternidad sea aumentado a 6 meses posteriores al parto, de manera que la presunción de despido y la autorización previa al mismo operen durante dicho término.

Se eliminan las modificaciones propuestas en el proyecto original relativas a: el permiso de salida 1 hora antes de la jornada laboral ordinaria durante los 6 primeros meses de edad del recién

nacido y el aumento de 60 a 90 días de trabajo de la indemnización prevista en el numeral 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Senadora Victoria Sandino Simanca, ponente del proyecto apoya la iniciativa con sus respectivas modificaciones, indica que esta es una acción afirmativa para las mujeres en miras de lograr la igualdad en la ley y en la práctica entre el hombre y la mujer en el goce de sus derechos humanos y las libertades fundamentales, además que es la oportunidad para discutir el sistema de cuidados en donde se le ha delegado a las mujeres históricamente las labores de cuidado sin que la familia, la comunidad y el Estado asuman sus responsabilidades al respecto y, presenta una proposición aditiva al artículo 3° con el fin de que la trabajadora pueda salir una (1) hora antes de la jornada laboral ordinaria, durante los primeros 6 meses de edad del recién nacido.

Por su parte, el tercer ponente, el Senador José Ritter López manifiesta la importancia del proyecto afirmando que el apoyo a la madre gestante y lactante es fundamental para fortalecer los lazos familiares y evitar problemáticas a futuro de los niños y adolescentes colombianos. Termina su intervención reafirmando que el proyecto lo que pretende es fortalecer los lazos del menor con la madre.

Ahora bien, el Senador Gabriel Velasco, aunque no se aparta del espíritu de la norma revisa dos puntos. El primero, asociado a la licencia de maternidad, donde el Senador propone una licencia de maternidad de dieciocho (18) semanas y generar las siguientes seis (6) como licencia no remunerada.

El segundo punto, hace referencia a la estabilidad reforzada de la mujer. El Senador Velasco plantea los tres (3) meses de licencia de maternidad que hoy se establecen, pero ampliar el periodo a los seis (6) meses en caso de cuando el recién nacido deba estar bajo observación médica las veinticuatro (24) horas.

De manera similar a la posición de los ponentes interviene el Senador Alberto Castilla afirmando que este proyecto está bien intencionado en la medida de que no solamente es una garantía laboral para la mujer, sino que es el derecho a la salud y al buen desarrollo de los niños a través de la lactancia materna.

En este mismo sentido interviene la Senadora Laura Fortich la cual afirma que este proyecto debería estimular el sistema de salud ya que es un tema de prevención y esto evitaría que los recién nacidos tengan problemas posteriores al parto. La senadora Fortich hace un llamado a los ponentes para que el proyecto cuente con estudios fiscales sobre el aumento de la licencia y fuero de maternidad.

El senador Aulo Polo, dio su respaldo a la iniciativa argumentando que deben prevalecer los

derechos de los niños y las madres lactantes y no deben prevalecer los derechos de los empresarios.

Sin apartarse del objeto de la iniciativa el Senador Álvaro Uribe hace referencia a los costos que ya implicó tanto para las entidades públicas como las entidades privadas la Ley 1823 y la Ley 1822.

Establece que el Centro Democrático no pretende una confrontación entre empleadores-trabajadores, sino que le preocupa sumarle un costo al esquema de salud que está desfinanciado. Propone mirar la extensión de la licencia de maternidad de acuerdo con la condición socioeconómica, y para aquellas personas que no acrediten esos requisitos de la condición socioeconómica, darle la opción a la trabajadora o empleada un permiso no remunerado.

Por otro lado, propone que la estabilidad laboral reforzada se ponga en el mismo nivel de la Ley 1822, que quede en las dieciocho (18) semanas.

Finalmente, trece (13) honorables Senadores y Senadoras aprobaron con votación pública y nominal la Proposición con que termina el Informe de Ponencia a Primer Debate Senado Proyecto de ley número 062, señor Presidente, honorables Senadores.

En la sesión del 16 de octubre mediante proposición de los ponentes, se aprobó realizar un foro, previo a la votación del articulado, fijado por la mesa directiva para el miércoles 24 de octubre de 2018.

A este foro fueron invitados los delgados y funcionarios de: Ministerio de Trabajo, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Hacienda, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, Central Unitaria de Trabajadores, Confederación de Trabajadores de Colombia, Confederación General de Trabajo, Asociación Colombiana de Medianas y Pequeñas Industrias, Consejo Gremial Nacional, Colegio de Abogados de Colombia, Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Federación Médica Colombiana, Red Nacional de Mujeres y la Fundación Siete Polas, Plataforma Laboral, Escuela Nacional Sindical, Centro de Solidaridad Laboral.

En la sesión del martes 6 de noviembre los Senadores Ponentes *Carlos Fernando Motoa Solarte*, *Victoria Sandino Simanca* y *José Ritter López Peña* presentaron proposiciones a los artículos 3° y 4°, suscritas también por los Senadores Álvaro Uribe Vélez y Gabriel Velasco.

La proposición al artículo 3° va enfocada a la modificación del inciso 2° del artículo 239 del código sustantivo del trabajo en el que 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 las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

En esta misma línea la proposición modificatoria presentada por los ponentes del artículo 4° en el que se cambia el inciso uno (1) del artículo 240 quedando así: “para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario”. Dichas proposiciones fueron aprobadas por la totalidad de los Senadores de la comisión VII.

La Senadora Ayde Lizarazo presentó dos proposiciones a los artículos 3° y 4°, sin embargo, fueron retiradas por la autora y dejadas como constancias, para ser tenidas en cuenta para segundo debate. Así mismo, el Senador Jesús Alberto Castilla y la Senadora Victoria Sandino presentaron dos proposiciones. Una al artículo 1° y otra de artículo nuevo respecto a la variación en el ingreso base de cotización en caso de las mujeres independientes. Estas proposiciones fueron presentadas y retiradas por los autores para dejarlas como constancias y ser analizadas para segundo debate.

Por último la Senadora Victoria Sandino presentó una proposición de artículo nuevo sobre descanso remunerado durante la lactancia, pero esta también fue presentada y retirada con el fin de ser discutida en segundo debate.

Se pusieron a discusión y votación los artículos a los cuales no se presentaron proposiciones, es decir al artículo 1° y 5°. Estos fueron aprobados tal como como fueron presentados en el texto propuesto del informe de ponencia para primer debate.

Luego, por solicitud de la Senadora Nadia Blel fueron puestos a discusión y votación en bloque los artículos 2°, 3° y 4°, el título del proyecto y el deseo de la Comisión VII a que este proyecto pase a segundo debate.

Fueron designados ponentes para segundo debate los Honorables Senadores: *Carlos Fernando Motoa Solarte* (coordinador), *Victoria Sandino Simanca Herrera* y *José Ritter López Peña*.

2. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

De acuerdo con el texto aprobado en primer debate por la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, el presente proyecto de ley tiene por objeto:

- Habilitar una ampliación de la licencia de maternidad, hasta por 24 semanas, en caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, según el certificado *médico*.
- Aumentar el fuero de maternidad a 18 meses posteriores al parto.

La iniciativa desarrolla las medidas indicadas a través de 6° artículos, a saber:

Artículo	Materia
1	Establece el objeto de ley
2	Modifica el numeral 1 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, con el propósito de habilitar una ampliación de la licencia de maternidad, hasta por 24 semanas, en caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, según certificado médico.
3	Modifica los numerales 2 y 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo así, respectivamente: i) amplía a 18 meses el fuero de maternidad, de manera que durante dicho período el despido se presumirá efectuado por motivo de embarazo o lactancia.
4	Modifica el numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo con el objeto de ampliar de 3 a 12 meses el fuero de maternidad, de manera que cualquier despido durante dicho período requerirá previa autorización de las autoridades competentes.
5	Vigencia y derogatorias

3. CONCEPTOS:

Con el propósito de establecer una posición más clara e institucionalizada frente al proyecto de ley, se solicitaron conceptos al Ministerio de Trabajo, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. Las dos últimas entidades indicadas manifestaron no tener competencia frente a la materia que pretende regular la iniciativa legislativa objeto de estudio.

Los conceptos emitidos por las entidades mencionadas están consignados en la *Gaceta del Congreso* número 8917 2018.

3.1. Ministerio del Trabajo

Observaciones y sugerencias generales al proyecto de ley

“En primera instancia, la ampliación hasta 24 semanas de la licencia de maternidad merece un análisis cuidadoso sobre los efectos adversos que en la contratación de la población femenina pueda acarrear.

De acuerdo a lo expresado, desde el Ministerio del Trabajo, y de acuerdo a la línea de incorporación igualitaria de hombres y mujeres en el mercado laboral, se ha impulsado la mayor participación del hombre en el cuidado y crianza del recién nacido, esto con el fin de restar el impacto en detrimento de las mujeres cuando de la incorporación al mercado laboral formal se trata. La incorporación del padre en la crianza y cuidado del recién nacido es crucial, y es completamente deseable otorgar licencias similares a las otorgadas a la madre.

Para sustentar dicho argumento, se remite al estudio¹ realizado por la Universidad

Complutense de Madrid, el cual contiene la siguiente reflexión: (...) porque los primeros meses y años de vida de los hijos son un momento fundamental en la creación de lazos afectivos entre padres/madres e hijos, en los que, además, las nuevas generaciones de padres (en España y en otros muchos países) están llevando a cabo hoy un importante cambio de actitudes hacia un modelo de familia más igualitario (Devreux 2007; Alberdi y Escario 2007). Y en esos momentos clave, los sistemas de permisos por nacimiento que fomentan que estos se disfruten exclusivamente por la madre están desplazando o dejando en un segundo plano el papel de los padres en relación con el de las madres; es decir, en un momento crítico como este estarán reforzando la idea tradicional de la separación de roles en la pareja (la mujer debe dedicarse en esos momentos a cuidar del bebé y el hombre debe trabajar más).

Es por lo anterior, que consideramos que se debe empezar a estudiar una licencia de parentalidad, donde la madre destine unas semanas para el/la recién nacido(a), y el padre igualmente destine las otras semanas restantes, para ejercer una paternidad activa. Con esta propuesta se incentiva la copartenalidad, afianzando los derechos mencionados en el artículo 44 de la Constitución, los cuales serán ejercidos no exclusivamente por parte de la madre, sino también por parte del padre.

Esto permitirá reducir estereotipos y sesgos de género para la contratación de mujeres en período de maternidad o aquellas que se encuentren en edad fértil, puesto que los costos de reproducción social, no serán asumidos únicamente por la mujer. Para finalizar, es importante tener presente para la elaboración de dicha propuesta legislativa, analizar las responsabilidades y competencias de los actores que intervendrían en la extensión de la licencia; adicionalmente, los costos que representan para el empleador y para el sistema de Seguridad Social, en contraste con los beneficios que se obtendrían para los trabajadores (as) y sus correspondientes familias”.

Observaciones específicas al articulado

1. El artículo 2º que modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modifica el inciso 1º, al señalar que “En caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, la licencia se ampliará hasta por veinticuatro (24) semanas, según el diagnóstico médico”.

Es importante señalar que no se observa un criterio claro que permita determinar en qué momento se ampliaría hasta 24 semanas, la

ma para el caso de España. Documentos de Trabajo en Análisis Económico - Volumen 7 Número 13. Disponible en: https://www.ucm.es/data/cont/docs/85-2013-11-29-permiso_patern_desig_genero.pdf

¹ Universidad Complutense de Madrid. El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de refor-

licencia, simplemente se señala que, según el diagnóstico médico, el cual puede llegar a ser subjetivo.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional las normas deben ser claras que no generen confusión, como se puede observar en la Sentencia C-556/94, señaló:

“Una ley es clara en la medida en que establezca certeza sobre los puntos determinantes de la conducta social; criterios que elucidan y no que oscurecen el entendimiento. Sin determinación conceptual hacia un nítido punto de referencia intelectual es imposible la moción de la voluntad, pues esta no puede obligarse a cumplir lo que el entendimiento desconoce por falta de identificación del precepto. La redacción de un texto legal no puede generar confusión en los destinatarios, sino todo lo contrario, ofrecer estabilidad y certeza jurídicas. Como la sociedad civil tiene el deber supremo de acatar la ley, obviamente cuenta con el derecho de exigir de la autoridad la claridad normativa, pues lo último que la norma jurídica puede hacer es generar incertidumbre, aspecto que riñe con su fin. La claridad de la ley, indudablemente, conduce a su observancia y, sobre todo, a adecuar la conducta humana dentro de lo justo legal; además, facilita la función judicial para aplicar el derecho con un principio exacto de juridicidad establecido por el deber ser hipotético de la norma jurídica”.

La falta de criterios claros para determinar en qué momento se amplía la licencia, puede llegar a violar el derecho a igualdad, debido a que casos similares de recién nacidos con enfermedad que requiera observación médica las 24 horas, podrían ser decididos de diferente manera, según el criterio médico.

2. El proyecto también modifica los numerales 2 y 5 del artículo 239 en relación con la presunción del despido por motivo de embarazo o lactancia, pasándola de tres (3) meses a seis (6) meses posteriores al parto. Al respecto no se establece una motivación razonable sobre la ampliación del término de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia que genere la consecuencia clara que implique que la ampliación de este término.

La ampliación de este fuero de maternidad debe ser revisada con sumo detenimiento dado que podría generar consecuencias negativas al momento de emplear mujeres en edad fértil.

En razón a que resulta claro que el punto central de esta iniciativa responde a ampliación de la licencia de maternidad, es necesario contar con el concepto de los Ministerios de Salud y Protección Social y Hacienda y Crédito Público, en razón a que es necesario realizar el estudio de impacto económico, viabilidad financiera y suficiencia económica del Sistema de Seguridad

Social para atender estos nuevos compromisos y las implicaciones que tendría en la empresa”.

Ahora bien, se solicitó concepto al Ministerio de Trabajo sobre las proposiciones planteadas por los Honorables Senadores en la discusión de primer debate. A continuación se detalla la respuesta emitida por la entidad el 27 de noviembre:

Al respecto de las modificaciones planteadas por la Senadora Ayde Lyzarazo “la modificación para el artículo 3° este Ministerio está de acuerdo con la proposición presentada si se tiene en cuenta que la licencia de maternidad correspondiente a 17 semanas, en efecto, excede el término de protección planteado en el actual artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo y es procedente su actualización.

En el mismo sentido, la modificación planteada para el artículo 4°, que pretende modificar el actual artículo 240 del Código Sustantivo de Trabajo referente a los términos que se deben observar para solicitar el despido de la trabajadora en estado de embarazo, se considera razonable en razón a que el término de la licencia de maternidad, sobrepasa los 3 meses que están consignados en la actual legislación, por lo que sería procedente efectuar tal modificación”

3.2. Ministerio de Salud y Protección Social Comentarios al articulado

Dentro de este contexto y teniendo en cuenta que la atención de los niños es prevalente por mandato constitucional, dada su complejidad, fragilidad y heterogeneidad en estados de salud y factores de riesgo, requieren de un óptimo desempeño de los profesionales de la salud, junto con el acceso a los servicios-tecnologías adecuadas y de cuidados adicionales en los primeros meses de vida, no se puede pasar por alto que los cambios que se traduzcan en mayor tiempo de licencia sean distribuidos equitativamente entre el padre y la madre, lo cual redundaría en un mayor tiempo para los cuidados que requiere el recién nacido y sin ningún tipo de discriminación entre hombres y mujeres².

Tras esto, es pertinente hacer referencia a la pretensión dirigida a modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) asociado con la licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido, en cuyo proyecto inicial estipulaba: “[...] En caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, la licencia se ampliará hasta por cincuenta y dos (52) semanas, según el diagnóstico médico” (artículo 2°)³.

Si bien la propuesta busca modificar el CST con el fin de ampliar la licencia de maternidad, se tiene que preceptos que hacen parte de

² En: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/rutas-integrales-de-atencion-en-salud.aspx>. (16.10.2018).

³ Congreso de la República, Gaceta del Congreso número 574 de 2018.

la iniciativa como el aludido en cita traería consigo implicaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en la medida en que si se hace un análisis fiscal tendría un impacto adicional cercano a los \$54.027 millones para la vigencia 2019, de los cuales \$38.950 millones corresponderían al costo adicional de las licencias de maternidad en los casos que el recién nacido requiera atención médica las 24 horas cuya población corresponde en promedio al 0.40% del total de niños nacidos por año, \$11.836 millones corresponderían a las licencias de maternidad de niños prematuros de los cuales en Colombia se calcula una probabilidad para la vigencia 2019 del 9,17%. Es más, \$3.240 millones corresponden a las dos (2) semanas adicionales en el caso de que se presenten partos múltiples en los que existe una probabilidad de que ocurra del 0.24%.

Ahora bien, de conformidad con la ponencia para primer debate, la parte de la disposición relacionada establece: “[...] En caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, la licencia se ampliará hasta por veinticuatro (24) semanas, según el diagnóstico médico” (artículo 2º)⁴, con lo cual si bien hay una disminución con el contenido del proyecto inicial también ocasionaría un impacto fiscal.

Dichos costos no se encuentran soportados por un incremento equivalente en las fuentes, lo cual generaría una presión extra a la sostenibilidad financiera del sistema, que en la coyuntura actual obliga a disponer de recursos adicionales de diferentes fuentes, incluido el Presupuesto General de la Nación.

En ese sentido, es necesario resaltar que ni en el articulado ni en la exposición de motivos no se definen las fuentes de los recursos para atender lo que pretende la iniciativa sub examine, toda vez que ordena gasto público sin sujetarse a las normas de carácter orgánico que condicionan la expedición de leyes ordinarias en los términos del artículo 151 de la Constitución Política. Efectivamente, dentro de las normas orgánicas a las cuales debe sujetarse la expedición de leyes ordinarias, se contempla el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”:

Artículo 7º. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos. Deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos

fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces. [Énfasis fuera del texto].

Como se desprende de lo anterior, es de gran importancia para el correcto trámite de los proyectos de ley que ordenan gasto, atender tales requerimientos durante su curso ante el Honorable Congreso de la República, contrario sensu, es clara la oposición de estas propuestas legislativas al artículo 151 superior. Disposición de la cual se deriva la jerarquía superior de las normas orgánicas (Ley 819 de 2003) frente a las normas ordinarias, de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional:

(...) tiene unas características especiales, entre las que se encuentra que reglamenta plenamente materias que fueron reservadas por la Carta para ser reguladas mediante leyes orgánicas. En virtud de ello y de la importancia que la propia Carta les dio, fueron dotadas una gran estabilidad (sic), que se refleja en las exigencias para su expedición, y se les reconoce, además, una categoría de superioridad en relación con las demás leyes ordinarias. Sobre estas características, la Corte ha expresado una amplia jurisprudencia, pudiéndose citar la contenida en la Sentencia C-579 de 2001, en la que se recogieron estos conceptos así:

(...) debe recordarse brevemente que, dada su naturaleza especial las leyes orgánicas cuentan con ciertas características particulares; tal, y como lo estableció la Corte en la Sentencia C-337 de 1993, estas leyes gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (artículo 151)...las leyes orgánicas condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según lo

⁴ Congreso de la República, Gaceta del Congreso número 671 de 2018.

dispone la norma constitucional citada, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa⁵.

Se insiste entonces, que en virtud del impacto financiero que puede derivarse, tal decisión debe contar con la aquiescencia o, por lo menos, concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público, en consonancia con lo previsto en las Leyes 819 de 2003, marco fiscal, 1473 de 2011, regla fiscal, y 1695 de 2013, acerca del incidente de impacto fiscal, y, naturalmente, el Acto Legislativo 03 de 2011 de sostenibilidad fiscal⁶. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado:

[...] Encuentra la Sala que a este respecto el acto legislativo replica otras modalidades de análisis fiscal de decisiones estatales, como sucede con los lineamientos que las normas orgánicas sobre marco fiscal de mediano plazo fijan al legislador, respecto de proyectos de ley con incidencia fiscal. A este respecto la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que si bien el Congreso debe contemplar la incidencia fiscal de la medida, en todo caso quien tiene la competencia general para evidenciar la incompatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo es el Gobierno. Por ende, en caso que el Ejecutivo dé concepto favorable a esas regulaciones o simplemente no cuestione las razones dadas por el Congreso sobre la materia, no es viable concluir la afectación de la regulación orgánica de índole presupuestal [...]⁷.

Como se observa, se debe estar en consonancia con el mandato superior, la normatividad vigente y los precedentes jurisprudenciales, so pena de no atender los preceptos que hacen parte del ordenamiento jurídico.

Igualmente, es indispensable que se analicen los aspectos económicos y se establezcan claramente los impactos fiscales que permitan determinar la viabilidad de financiar con los recursos del Sistema, el incremento en los días de licencia de maternidad, máxime cuando el SGSSS actualmente tiene importantes limitaciones de recursos. En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Se advierte que por las razones expuestas existen sendos problemas de orden fiscal que lo tornarían inconstitucional.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

4.1. LA PROTECCIÓN A LA MUJER EN ESTADO DE GESTACIÓN Y LACTANCIA: MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

La Constitución Política de Colombia de 1991 marcó un hito frente a la protección y efectividad

de los derechos de las mujeres, y en desarrollo de los principios y valores fundantes del Estado Social de Derecho consagró el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Con ocasión de dicha filosofía y en atención a la función reproductiva exclusiva que tienen las mujeres dentro de la sociedad, fue imprescindible garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres en estados de gestación y lactancia; estados que generan particulares condiciones en sus aspectos físico, fisiológico y en sus entornos laboral y social, y que a su vez, demandan un tratamiento especial y una obligación general y objetiva de protección a cargo del Estado, no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y de lactancia.

Múltiples normas de nuestro Ordenamiento Jurídico contemplan una protección reforzada de las mujeres embarazadas y lactantes, en atención a la especialidad que reviste su estado, así: el artículo 43 Superior prevé que la mujer “no puede 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”.

Así mismo el artículo 53 de la Constitución Política instituyó como garantías la “protección especial a la mujer”, a “la maternidad” y a la “estabilidad en el empleo”. El artículo 13 impuso al Estado la obligación de proteger a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De otro lado, la protección de la maternidad busca garantizar el interés superior del menor, según las disposiciones contenidas en el preámbulo de la Constitución Política y en su artículo 11, que establece la inviolabilidad del derecho a la vida y al ser la mujer en estado de embarazo, gestadora de la vida, es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento. Así mismo, el artículo 44 Superior dispone que los niños y niñas son sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se manifiesta en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les competa.

Por su parte, los artículos 5 y 42 de la Carta Política consagran la importancia de la familia como célula fundamental de la sociedad que merece una protección integral de parte de la sociedad y del Estado, pues como ha sostenido la Corte Constitucional “si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶ Disposición declarada exequible, cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012, citada.

un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados”⁸.

En este orden de ideas, la protección reforzada de las mujeres en estado de embarazo y de lactancia encuentra su sustento en cuatro fundamentos constitucionales, a saber: i) la protección general y objetiva de todas las mujeres embarazadas y lactantes; ii) la prohibición de discriminación laboral a mujeres en estado de gravidez y lactancia, conocido como fuero de maternidad; iii) la inviolabilidad del derecho a la vida y el interés superior del menor y; iv) la relevancia de la familia en la sociedad⁹.

A nivel legal, la Ley 53 de 1938 fue primera norma en Colombia que estableció la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido por dicho motivo. Posteriormente, los Decretos 1632 de 1938 y 2350 de 1938 establecieron, respectivamente: (i) la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada y, (ii) en caso de no obtener dicha autorización, la presunción de que el despido se había dado por causa del embarazo. Consecutivamente, el Decreto 2663 de 1950 codificó estas disposiciones en un solo cuerpo normativo y esencialmente fueron reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

A continuación, el artículo 8 de la Ley 73 de 1966 determinó la nulidad del despido que el empleador efectúe durante la licencia de maternidad sin el cumplimiento de los requisitos legales. Por su parte, la Ley 50 de 1990, que también modificó el artículo 239 del CST, aumentó el período de licencia de maternidad a 12 semanas, extendió las protecciones para la madre y el padre adoptantes que no tuvieran esposa o compañera permanente y amplió el número de semanas de indemnización de despido por embarazo.

Así las cosas, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 239, estableció la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia; la presunción de que dicho despido se ha efectuado por dicha razón, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades competentes, y las sanciones imponibles en caso de que se vulnere dicha prohibición.

El artículo 240 del mismo estatuto señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia debe ser autorizado por el inspector de trabajo o el alcalde municipal (en los lugares en los que no exista inspector). Asimismo, dispone que antes de resolver el asunto, el funcionario debe escuchar a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. La infracción de lo dispuesto en este texto normativo genera la ineficacia del despido, conforme lo

establece el artículo 241 del mismo Código Sustantivo del Trabajo. Según dicha disposición, el empleador debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual “no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionadas”¹⁰.

La Ley 1468 de 2011 reformó las normas del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el despido de la mujer embarazada, al añadir el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad si la mujer no la ha disfrutado, con ciertas extensiones en casos de hijos prematuros (caso en el cual tiene derecho al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término) o partos múltiples (evento en el que podrá exigir la extensión de la licencia por dos semanas adicionales) y, además, se introdujeron modificaciones en la sanción, de acuerdo con el tipo de contrato.

Habitualmente, las leyes de un país se van adecuando a las nuevas necesidades de la sociedad, o simplemente, tras su entrada en vigencia, se observa que en la práctica no cumplen su objetivo de la manera que se esperaba al momento de la legislación, entonces deben ser corregidas o, incluso, derogadas, es por ello que recientemente, la Ley 1822 de 2017 extendió la licencia de maternidad a 18 semanas y puntualizó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente, precisó algunas nociones en relación con el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad, pero mantuvo en esencia la regulación prevista anteriormente.

La Ley 1823 de 2017 adoptó la estrategia “Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral”, de acuerdo con la cual, es obligación de las entidades públicas y empresas privadas (con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos o con capitales inferiores a 1.500 salarios mínimos con más de 50 empleadas contar con un espacio acondicionado y digno para que las mujeres en período de lactancia que laboran allí, puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral.

Por su parte, la jurisprudencia sobre la protección de los derechos de las mujeres en estado de embarazo y lactancia es abundante, tanto en sede de control abstracto de constitucionalidad como en sede de tutela.

Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el período de gestación y de lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que

⁸ Sentencia C-470 de 1997.

⁹ Sentencia C-005 de 2017.

¹⁰ Tomado de la Sentencia C-005 de 2017.

“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señala que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fundamentan el fuero de maternidad. Del mismo modo dicho fuero se funda en los artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en los artículos 3 y 6 del Pacto de San Salvador, que en su conjunto consagran el derecho a trabajar para todas las personas sin distinciones de sexo. De forma más concreta, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada por la Ley 51 de 1981, en su artículo 11 dispone que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”.

En este mismo ámbito, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– también ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral¹¹.

¹¹ Sentencia C-005 de 2017: “Desde comienzos del siglo XX, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio N.º 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, estableció pautas para una protección de la mujer trabajadora antes, durante y con posterioridad al parto.

Esto concuerda con la Recomendación N.º 95 de la OIT de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Según el artículo 4º de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto, implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras “durante la ausencia legal, antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Igualmente el Convenio N.º 111 de la OIT de 1958 sobre

En este orden de ideas, existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, numerosas disposiciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial, que propenden por la protección especial y efectiva que la sociedad y el Estado deben prodigar a la mujer en período de gestación y de lactancia, dentro de las que se destacan, entre otras, las siguientes obligaciones: i) cuidado, asistencia, protección especial y no discriminación a la madre durante un lapso razonable antes y después del parto, fecha a partir de la cual dicha cobertura se extiende al recién nacido; ii) después del parto a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social; iii) el fuero de maternidad; iv) los descansos remunerados durante el período de lactancia; v) para aquellas madres que no gocen de empleo o estén desamparadas el Estado deberá suministrar subsidio alimentario y; vi) el Estado deberá garantizar a las madres servicios apropiados durante el período de gestación, parto y posparto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Según la Sentencia C-055 de 2017 “Se trata de un deber de protección que vincula a todas las autoridades públicas, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, y aunque adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral (fuero

la discriminación en el trabajo, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de “sexo” (artículo 1.1) y establece que los Estados tendrán la obligación de “promover la igualdad de oportunidades y de trato” en el entorno laboral (artículo 2). También el Convenio 100 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración, establece que se deberá garantizar la aplicación a todos los trabajadores del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (artículo 2).

En el mismo sentido, el Convenio 156 de la OIT de 1981 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, señala que deberá permitirse que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo “ejercen su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (artículo 3).

Finalmente, el Convenio 183 de la OIT de 1952 relativo a la protección de la maternidad, estableció que los Estados “deberá[n] adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.” Este Convenio también desarrolla el derecho que tiene toda mujer “a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas” (artículo 4.1) y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que “la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” (artículo 9º, se destaca”).

de maternidad) comoquiera que, debido a la maternidad, la mujer ha sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo, involucra también otros ámbitos como la preservación del valor de la vida, la protección de la familia, la asistencia y la seguridad social y el interés superior del menor”.

4.2. EL FUERO DE MATERNIDAD

Una de las medidas afirmativas que el Ordenamiento Jurídico prevé a favor de las mujeres embarazadas y lactantes es el fuero de maternidad, dentro del que se encuentra comprendido el fuero de lactancia, el cual materializa el principio de estabilidad en el trabajo, el derecho a la igualdad y el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Como se indicó en el acápite anterior, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección, así:

“(…) (i) el numeral 1° del artículo 239 del CST impone una **prohibición general de despido a las mujeres por motivo de embarazo o lactancia** y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con “la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”;

(ii) en consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo “o los 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. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST**[78].

(iii) el numeral 2° del artículo 239 del CST establece una **presunción, de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia.**

(iv) el numeral 3° del artículo 239 del CST prevé una **indemnización por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo (o del alcalde municipal según el caso), la cual es independiente de los salarios y prestaciones a los cuales tiene derecho la trabajadora de acuerdo con el contrato de trabajo**[79].

(v) el numeral 4° del artículo 239 del CST indica que si la mujer trabajadora no ha disfrutado del descanso remunerado que corresponde a su licencia de maternidad, “tendrá derecho al pago de las semanas que

no gozó de licencia”. En otras palabras, cuando por alguna “razón excepcional” exista alguna interrupción total o parcial del período de descanso remunerado al cual tiene derecho, **se debe efectuar el pago correspondiente a la licencia de maternidad durante dicho término**[80].

(vi) finalmente, el artículo 241 del CST impone la obligación para el empleador de mantener vinculada a la trabajadora que disfruta de los descansos remunerados contemplados en dicho capítulo (licencia de maternidad, lactancia y descanso remunerado en caso de aborto). Además, **sanciona con la ineficacia** “el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos”, es decir, en los descansos remunerados anteriormente mencionados. (...)”¹².

Al respecto debe precisarse que, la presunción que cobija a las mujeres durante el embarazo y los 3 meses posteriores al parto, son de carácter legal, lo que significa que, admite prueba en contrario. Así, 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.

En segundo lugar, es importante señalar que la garantía de estabilidad reforzada de que gozan las mujeres embarazadas y lactantes 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, contenida en el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y la extensión de la garantía de ineficacia del despido prevista en el artículo 241 ibídem.

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 tres meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular a una trabajadora al inicio del cuarto mes posterior al parto y cuando se encuentra dentro del 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.

En este sentido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“(…) la hermenéutica de la normativa que regula el período de lactancia ha sido suficientemente abordada por la Corte, de donde resulta dable concluir que el contenido normativo de los artículos 239 a 241 del CST distingue el

¹² Sentencia T-583 de 2017.

tiempo de protección o amparo de la trabajadora lactante por razón de tal condición o estado, que es de seis meses, del tiempo de presunción del móvil del despido por la dicha condición o estado, que es el equivalente a los tres primeros meses de dicho período.

Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibídem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, 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, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP. (...)”¹³.

De la misma manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 10 de julio de 2002, rad. 17193, expresó el siguiente criterio que se mantiene vigente:

“(…) Corresponde, entonces, a la Corte dilucidar si el Tribunal incurrió o no en el quebranto normativo que se le endilga de los preceptos sustanciales que consagran la protección a la maternidad, para lo cual debe esclarecer si la “lactancia” corresponde en estricto sentido al concepto de descanso, dentro

del contexto y desarrollo del vínculo laboral, al respecto se anota:

«El contenido del artículo 238 del C.S.T. (Modificado por el D.13/67, art. 7º), textualmente dice: “Descanso durante la lactancia. 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)».

El artículo 9º del Decreto Reglamentario 995 de 1968, reitera en similares términos la norma reglamentada; igualmente el Convenio 3 de la OIT, aprobado por la Ley 129 de 1931, revisado en 1952 por el Convenio 103, sobre este tópico en el numeral 1º del artículo 5º, consagra:

- «1. Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional.*
- 2. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella...” (subrayado fuera de texto)».*

Así las cosas, ha de concluirse que los soportes legales referenciados, aluden a la lactancia, como el derecho de la madre trabajadora de usar un espacio de tiempo durante la jornada laboral para alimentar al hijo, ello con la aquiescencia del empleador; dentro de la concepción de interrupción durante el tiempo de trabajo; circunstancias particulares que desdibujan en estricto sentido el contenido preciso de descanso como definición de “quietud, reposo, pausa o alivio en la fatiga” pues nótese bien, que su ejercicio corresponde es a un corte o receso en el tiempo dentro de la jornada de trabajo, con el fin específico ya indicado.

Ahora bien, el convenio de la O.I.T. traído a colación, regula que la concesión de tales descansos deberá regirse “por la legislación nacional o de conformidad con ella”, armonizando su tenor con el artículo 238 del C.S.T., este consagra las referidas interrupciones hasta por los seis meses de edad del recién nacido; a su turno el artículo 239 ibídem dispone los efectos de la ineficacia del despido como presunción cuando sucede la desvinculación sin autorización del Ministerio del Trabajo dentro del estado de gravidez o los tres meses posteriores al parto.

En el sub judice, de los supuestos fácticos sentados por el ad quem se tiene que ANGELA MARÍA JARAMILLO PIEDRAHÍTA dio a luz el 11 de agosto de 1997 y fue despedida el 14 de noviembre de esa anualidad, de donde se infiere que precisamente el empleador adoptó su decisión de finiquitar el vínculo laboral de la trabajadora cuando ya había vencido el término

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Luis Gabriel Miranda Buelvas. 15 de marzo de 2017. SL4280-2017. Radicación N.º 49165.

de esa protección por maternidad bajo el amparo de la presunción atrás anotada.

En cuanto a los tres meses finales restantes de lactancia, para el caso en estudio según el artículo 241 del C.S.T., en primer lugar ya se anotó que el espacio de tiempo destinado a esa finalidad en estricto sentido corresponde para esta época a una interrupción de la jornada de trabajo con ese fin específico de facilitar la noble condición de maternidad y no propiamente a un descanso, porque en los tres meses iniciales es subsumido por la licencia de las doce semanas por el parto. De no entender así la normatividad, se incurriría en el error de extender la sanción de ineficacia por el despido de la trabajadora que ha dado a luz a los nueve meses de embarazo y seis posteriores al parto sin miramiento alguno, inteligencia que no corresponde al contenido de las normas.

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 lapso 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 períodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto, como lo pregona nítidamente el artículo 239 del C.S.T.; 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. (...)

Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el tercer 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 Código Sustantivo del Trabajo, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.

En derecho comparado encontramos que también es importante mantener la protección

contra el despido con posterioridad al parto, por ejemplo, el fuero de maternidad dura 30 días en Bélgica y Corea del Sur, 12 semanas en Costa de Marfil y Luxemburgo, 3 meses en Chipre, 16 semanas en Suiza, 4 meses en Austria, Etiopía y Alemania, 5 meses en Brasil, 6 en Hungría, 9 en Laos, 1 año en Afganistán, Angola, Bolivia, Chile, Grecia, Mozambique, Somalia, Venezuela y Vietnam, y 15 meses en Malí y Senegal.

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.

4.3. LA IMPORTANCIA DE LA LACTANCIA MATERNA

Según la Organización Mundial para la Salud (OMS) y UNICEF *“La alimentación del lactante y del niño pequeño es fundamental para mejorar la supervivencia infantil y fomentar un crecimiento y desarrollo saludables. Los primeros dos años de la vida del niño son especialmente importantes, puesto que la nutrición óptima durante este período reduce la morbilidad y la mortalidad, así como el riesgo de enfermedades crónicas, y mejora el desarrollo general”*¹⁴.

La leche materna es el alimento ideal para los recién nacidos y lactantes, pues les aporta todos los nutrientes necesarios para un desarrollo sano, además contiene anticuerpos que ayudan a proteger a los lactantes de enfermedades frecuentes de la infancia, como la diarrea y la neumonía, que son las dos causas principales de mortalidad de la niñez en el mundo. Adicionalmente, en materia de lactancia materna, se tienen establecidos unos períodos de suma importancia para garantizar las condiciones adecuadas de nutrición, alimentación y salud del recién nacido, así:

- **De los 0 a 6 meses de edad – Lactancia materna exclusiva:** Se recomienda lactancia exclusivamente materna durante los primeros seis meses de vida.
- **De los 6 a 12 meses de edad – Lactancia materna predominante:** Se recomienda la inclusión de alimentos de manera paulatina, continuando con la lactancia materna que para dicho lapso aporta más de la mitad de las necesidades energéticas del niño.
- **De los 12 a los 24 meses de edad – Lactancia materna complementaria:** Se recomienda alimentación mixta, incluyendo la lactancia materna la cual

¹⁴ <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding> - Artículo web. 16 de febrero de 2018.

proporciona un tercio de las necesidades energéticas del niño¹⁵.

De esta manera, la lactancia exclusivamente materna aporta amplios beneficios al recién nacido no solo durante los primeros seis meses, sino también durante los primeros años de vida, entre ellos, se destacan la protección contra infecciones y la reducción de muerte neonatal. Aunado a lo anterior, las madres que brindan leche materna presentan un menor riesgo de sufrir de diabetes tipo 2, depresión posparto, cáncer de mama y de ovario, estas dos últimas consideradas por la OMS, dos de las principales causas de muerte en la mujer.

La lactancia materna es una de las formas más eficaces de asegurar la salud y la supervivencia de los niños. Según la OMS, si prácticamente todos los niños fueran amamantados, cada año se salvarían unas 820.000 vidas infantiles¹⁶. A nivel mundial, solo un 40% de los lactantes menores de seis meses reciben leche materna como alimentación exclusiva.

Por lo tanto, la separación de la madre y el niño, las guarderías para niños recién nacidos, o la suplementación con leches artificiales dificultan la lactancia materna. Frente al particular, la OMS ha advertido que muchas mujeres que reanudan la actividad laboral abandonan la lactancia materna parcial o totalmente, porque no disponen del tiempo suficiente o de instalaciones adecuadas para dar el pecho o extraerse y recoger la leche; por ello, dicha organización recomienda que se deben implementar medidas que faciliten la lactancia materna como, por ejemplo: las mujeres deben contar en su trabajo o cerca de él con instalaciones limpias, privadas y seguras para poder continuar amamantando a sus hijos o para extraerse y recoger la leche materna, la baja por maternidad remunerada, el trabajo a tiempo parcial, las guarderías en el lugar de trabajo y las pausas para dar el pecho.

4.4. EFECTOS DEL PROYECTO DE LEY FRENTE AL EMPLEADOR Y A LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO LABORAL.

El Estado Social de Derecho es el peso que ha inclinado la balanza hacia el lado garantista en lo que a legislación se refiere, consecuencia de ello, es la marcada tendencia a la implementación de normas que amplían el espectro de los derechos previamente reconocidos a los ciudadanos. El proyecto de ley bajo análisis es un ejemplo claro de ello, pues constituye un avance frente a los fines esenciales del Estado; sin embargo, se advierte que

las previsiones contenidas en la iniciativa podrían tener impacto en los empleadores, quienes son, a su vez, actores fundamentales en la estructura social y en el desarrollo del país.

De esta manera, el legislador debe expedir normas que alcancen un equilibrio entre los derechos de los sujetos de protección especial y los de los demás sectores, como ocurre en este caso con los empleadores, quienes, en caso de ser empresarios, podrían ver, en la creación de múltiples medidas afirmativas frente a las mujeres embarazadas y en estado de lactancia, un obstáculo al crecimiento y fortalecimiento de sus empresas.

Por ejemplo, en una empresa pequeña de 40 empleados dedicada a la confección, donde el personal es femenino en su mayoría, podría ocurrir que más de 2 mujeres coincidan en el tiempo de sus respectivas licencias de maternidad, de modo que, si dichas trabajadoras resultan ser fundamentales para el desarrollo de las funciones de la empresa, el empleador, además de asumir los costos de la licencia, debe buscar quién las remplace, lo que aumentaría los gastos por tal concepto. La situación fáctica descrita es aceptable y no supone un gasto desmesurado para el empleador, ni le imposibilita ejecutar las funciones propias de su empresa; sin embargo, si el número de mujeres en licencia de maternidad excede el 5% utilizado en el ejemplo previo, es decir, si la empresa de 40 empleados tiene cobijadas bajo el espectro de los derechos que implican la licencia de maternidad a un número mayor de sus empleadas, la carga económica para el empresario podría tornarse excesiva e inmanejable.

En la misma línea, es vital advertir que la creación de múltiples garantías para las mujeres embarazadas o lactantes, puede llegar a generar consecuencias adversas en el mercado laboral para las mujeres, convirtiéndose en un móvil que desincentive su contratación. Según el estudio "*Maternity and labor markets: impact of legislation in Colombia*"¹⁷, medidas como el aumento de la licencia de maternidad, puede reducir el incentivo a emplear mujeres en edad fértil al aumentar su costo de contratación, incluso si la EPS paga la licencia, pues existen otros costos relacionados con pérdidas de productividad, necesidad de entrenamiento de los trabajadores sustitutos, etc.

Es decir, las mujeres entre 18 y 30 años de edad se encuentran más expuestas al desempleo y enfrentan un obstáculo adicional frente al acceso al trabajo en comparación con las que se encuentran entre los 40 y 55 años; así mismo, la probabilidad de informalidad o de desempeñar trabajos independientes o por cuenta propia aumenta frente a las mujeres en edad fértil.

¹⁵ Exposición de motivos Proyecto de ley número 62 de 2018 Senado.

¹⁶ C. Victora, R. Bahl, A. Barros, G.V.A Franca, S. Horton, J. Krasevec, S. Murch, M. J. Sankar, N. Walker, and N. C. Rollins. 2016. "Breastfeeding in the 21st Century: Epidemiology, Mechanisms and Lifelong Effect." *The Lancet* 387 (10017):475-490.

¹⁷ http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/be_870.pdf
<http://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/efectos-no-intencionales-de-la-licencia-de-maternidad-502736>

El estudio referido también comparó el comportamiento laboral de los hombres entre 18 y 30 años con los de 40 y 55 años, quienes, en comparación con las mujeres, no ven afectadas sus probabilidades de participación laboral en atención a la edad en que se encuentren.

Concluyó el estudio en mención que existe un deterioro de las condiciones laborales de las mujeres en edad fértil con respecto a las de otros grupos de trabajadores, razón por la cual están propensas a no tener acceso a un trabajo formal y, por consiguiente, a no ser beneficiarias de la licencia de maternidad. En consecuencia, dicho estudio recomendó que para enfrentar este efecto perverso: i) se deben socializar los costos asociados con la reproducción y la crianza, de tal forma que sean asumidos por todos y no solo por las mujeres y, ii) se debe diseñar una licencia de paternidad que se iguale a la de maternidad, de manera que, el empleador no pueda identificar qué empleado va a solicitar licencia y, por tanto, no pueda discriminar, en razón al sexo.

Tal como lo ha señalado la OIT, la duración de la licencia es crucial para que la mujer se recupere del parto y regrese al trabajo, mientras presta los cuidados necesarios al recién nacido. Si bien, cuando dicha licencia es demasiado breve, las madres pueden no sentirse preparadas para retomar la vida laboral, y tal vez abandonen la fuerza de trabajo, unos períodos muy prolongados de licencia o licencias parentales que acaban siendo tomadas solo por las mujeres, en especial si no hay protección del empleo, también pueden afectar la participación de las mujeres en el trabajo o a su promoción en el empleo remunerado, con las consiguientes penalizaciones salariales.

Aunque existen referentes en el derecho comparado de licencias de maternidad más amplias, como es el caso Suecia que concede hasta 96 semanas de licencia, Reino Unido 1 año entero, Noruega con 46 semanas o Hungría que establece la duración de la licencia en 24 semanas; estas licencias son flexibles y pueden ser compartidas entre la madre y el padre y por ello no se convierten en un factor de afectación a la contratación de las mujeres, el omitir esta realidad, podría reafirmar que las labores de cuidado están ligadas exclusivamente a la función de procreación de las mujeres, sin la necesaria participación y redistribución del cuidado con los padres, el estado y la sociedad.

Por estas razones, se considera que el Legislador debe ser cuidadoso al determinar el cúmulo de medidas garantistas frente a sujetos de especial protección, previniendo que al ser implementadas se conviertan en incentivos perversos que, en lugar de fortalecer las condiciones de sus beneficiarios, vayan en su detrimento.

Particularmente, sobre la materia que versa la iniciativa objeto de estudio solamente el año anterior fueron sancionadas dos leyes que

contienen medidas afirmativas sobre estabilidad reforzada de mujeres embarazadas y lactantes, como son, la ampliación a 18 semanas de la licencia de maternidad (Ley 1822 de 2017) y la creación de las Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral (Ley 1823 de 2017).

Por lo tanto, debe analizarse, a la luz de las condiciones particulares de nuestro país, no solo la pertinencia, sino la conveniencia de la adopción de este tipo de medidas, con el objeto de garantizar que surtan en sus destinatarios los efectos deseados y no otros adversos, como podría ser en este caso, el aumento de la discriminación de las mujeres en el mercado laboral.

4.5. CONVENIENCIA Y PERTINENCIA DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL PROYECTO DE LEY.

Las medidas previstas en la iniciativa legislativa que nos ocupa, pretenden dotar de mayor efectividad los derechos de las mujeres embarazadas o lactantes, con ocasión de la obligación general y objetiva del Estado colombiano y de la sociedad frente a todas las mujeres que se encuentren en dicho estado, con independencia de encontrarse vinculadas o no, a una relación laboral.

En este sentido la protección no solo va encaminada a que la madre preserve sus condiciones laborales, que en muchos casos son el único sustento familiar, durante y después del embarazo, sino también para que disfrute del tiempo necesario para dar a luz, recuperarse después del parto y garantizar al recién nacido un adecuado período de lactancia materna.

Así y de acuerdo con los argumentos expuestos en los acápite anteriores, frente a cada una de las medidas propuestas por el proyecto de ley, se considera:

- i) **Habilitar una ampliación de la licencia de maternidad, hasta por 24 semanas, en caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, según certificado médico:** esta medida persigue que, en casos excepcionales, los recién nacidos que no gocen de buena salud indistintamente de los motivos generadores de la enfermedad, y que a su vez, requieran de observación médica las 24 horas del día, puedan tener el acompañamiento de su madre de manera constante, con el fin de que no se interrumpa la lactancia materna y de esta forma brindar protección directa a través de los múltiples componentes de la leche que pueden fortalecer el sistema inmunológico del recién nacido, además de garantizar a la madre el espacio necesario para procurar los cuidados necesarios de su hijo y con ello fortalecer también el vínculo emocional que se genera con la madre durante los primeros meses de vida.

Frente al particular se estima que, el fin perseguido por la disposición es plausible y que el término de ampliación de la licencia de maternidad hasta por 24 semanas posteriores al parto, logra un equilibrio entre los derechos de la mujer embarazada y lactante, los del recién nacido y los derechos e intereses del empleador, al tomar como criterio de ampliación el período de lactancia exclusiva de 6 meses reconocido por la OMS, cuya importancia en el desarrollo del recién nacido fue expuesto en un acápite anterior. Así mismo, la norma exige para su aplicación la presentación de un certificado médico, en el que consten los requerimientos previstos por la disposición para la procedencia de la ampliación de la licencia de maternidad, la cual, puede incluso ser inferior al límite máximo de las 24 semanas posteriores al parto.

Adicionalmente, debe recordarse que de acuerdo con el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador está en la obligación de conceder descansos adicionales a los de lactancia, si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen su necesidad, norma que también garantiza los derechos de la trabajadora y del recién nacido, en caso de que este último padezca alguna enfermedad que exija observación médica.

ii) Aumentar a 18 meses posteriores al parto el fuero de maternidad: Como se indicó, de acuerdo con la jurisprudencia la estabilidad reforzada de que gozan las mujeres embarazadas y lactantes se mantiene durante el embarazo y hasta 6 meses posteriores al parto. De esta manera la presunción según la cual, la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los 3 meses posteriores al parto; mientras que, en los 3 últimos meses desaparece la presunción, según la cual, el despido fue motivado en el embarazo o en la lactancia, de manera que la carga de la prueba sobre el móvil del despido, le corresponde a la mujer lactante, a diferencia de la época del estado de gravidez; sin embargo, se mantiene la protección reforzada al disponer, el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligatoriedad del empleador de conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados durante el período de lactancia y la ineficacia de los despidos que se comuniquen en este período.

Debe tenerse en cuenta que actualmente la licencia de maternidad está fijada en 18 semanas, y el fuero de maternidad, en lo que respecta a la presunción de despido y a la solicitud previa de autorización para el despido, es de 3 meses posteriores al parto (12 semanas); por lo tanto, actualmente una mujer embarazada que niquiera

se ha reintegrado a sus labores por estar gozando de su licencia de maternidad, pierde las garantías anteriormente mencionadas; circunstancia que nos lleva a concluir que dichas prerrogativas deberían mantenerse vigentes, por lo menos, durante el término de la licencia de maternidad, es decir, durante 18 semanas posteriores al parto.

En este orden de ideas, se considera razonable que el fuero de maternidad se amplíe a 18 semanas posteriores al parto, manteniendo vigente durante dicho período la presunción de despido a favor de la trabajadora y la solicitud de autorización previa al despido por parte del empleador, prevista en el inciso 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo.

De esta manera se otorga mayor efectividad a los derechos laborales de la mujer en estado de lactancia y a los derechos fundamentales del recién nacido, sin menoscabar los intereses de los empleadores.

Como bien puede observarse la protección de la maternidad en doble vía tiene por objeto garantizar que la función procreadora de la mujer no afecte su estabilidad laboral y económica y a su vez permita una adecuada alimentación del recién nacido, generando con ello un desarrollo pleno de los derechos no solo de la madre sino de los niños, y un verdadero contexto de trabajo digno y decente.

En efecto, se busca que la madre pueda brindar alimentación y atención necesaria a sus hijos, sin sufrir ningún tipo de discriminación laboral, materializada en despidos injustificados, terminación o no renovación del contrato de trabajo por causa del embarazo o período de lactancia, razón por la cual se hace necesario la intervención del Estado no solo a través de la expedición de normas que regulen dichas situaciones sino también a través de la prevención.

Es claro que nos encontramos en una sociedad que, si bien acepta el doble rol de la mujer como madre y trabajadora, también lo es que aún tenemos la necesidad de adoptar medidas que eviten la discriminación en el empleo y que protejan esa doble condición permitiéndole el goce efectivo de los derechos al trabajo y a la familia.

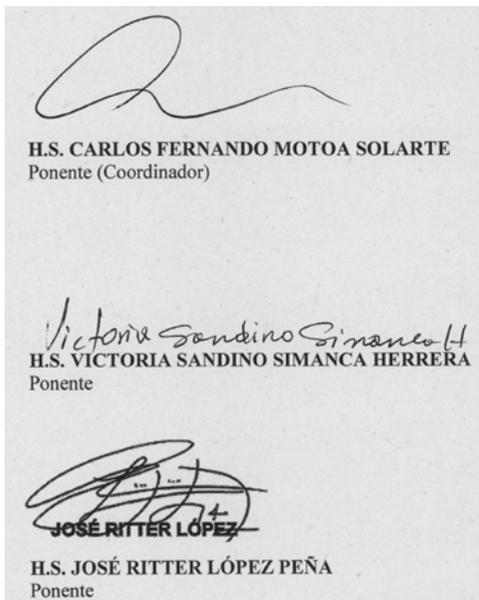
5. PLIEGO DE MODIFICACIONES

En atención a las consideraciones expuestas a lo largo de la ponencia y puntualmente a una proposición planteada por la Senadora Aydeé Lizarazo durante el primer debate de la iniciativa, se propone modificar los artículos referentes al fuero de maternidad en el sentido de precisar que este último y las garantías que concentra (presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia y solicitud de autorización previa al despido) se mantendrán durante el tiempo de ampliación de la licencia de maternidad en los casos de enfermedad del recién nacido, prevista en el numeral 1 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera que esta modificación es congruente con el propósito del proyecto, pues si se están unificando los términos de la licencia y del fuero de maternidad, para evitar algún déficit de protección, la misma lógica debe aplicarse cuando de manera excepcional proceda la ampliación del término de la licencia. Además se modifica el texto del artículo uno para tener mayor claridad sobre el objeto y alcance, esto de acuerdo con la proposición presentada por el Senador Alberto Castilla Salazar a la que se le realizaron modificaciones.

6. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a la Plenaria del Senado de la República dar segundo debate al Proyecto de ley número 62 de 2018 Senado “*por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones*”, conforme al pliego de modificaciones.



7. TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE EN LA PLENARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 62 DE 2018 SENADO

por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto de la ley.* La presente ley tiene por objeto mejorar las condiciones laborales de la madre y del recién nacido, aumentado los términos de duración de la licencia de maternidad en caso de enfermedad del recién nacido y reglamentando el fuero laboral.

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. En caso de enfermedad del recién nacido que requiera observación médica las 24 horas, la licencia se ampliará hasta por veinticuatro (24) semanas, según la certificación expedida por el médico tratante.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.
3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a) El estado de embarazo de la trabajadora;
 - b) La indicación del día probable del parto, y
 - c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.
5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.
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 tomar la 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.

Parágrafo 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

Parágrafo 2°. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Parágrafo 3°. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios

médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla”.

Artículo 3°. El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 239. Prohibición de despido.

1. 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 las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

Esta garantía se mantendrá durante el término de ampliación de la licencia de maternidad en los términos del numeral 1 del artículo 236 de este Código.

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.

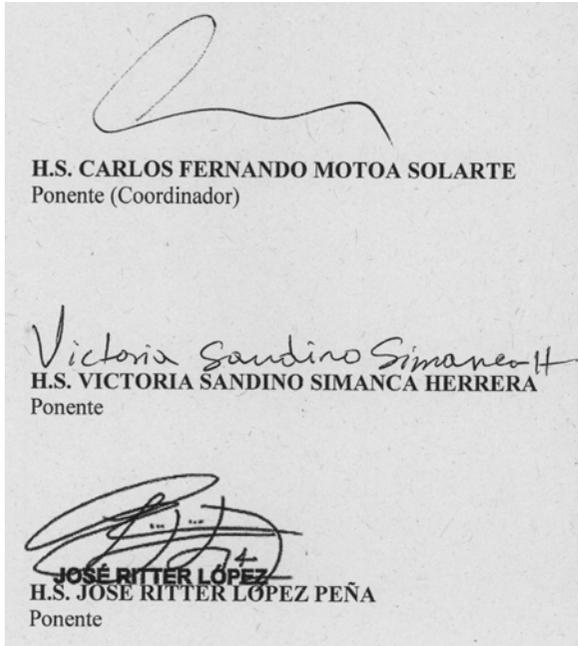
Artículo 4°. El artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 240. Permiso para despedir.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo, las dieciocho (18) semanas posteriores al parto o el término adicional de ampliación de la licencia de maternidad que trata el numeral 1 del artículo 236 de este Código, 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.

- 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.

Artículo 5°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su sanción y publicación, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., a los cinco (5) días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2018)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en la Gaceta del Congreso de la República**, el siguiente Informe de Ponencia para Segundo Debate y Texto Propuesto para Segundo Debate.

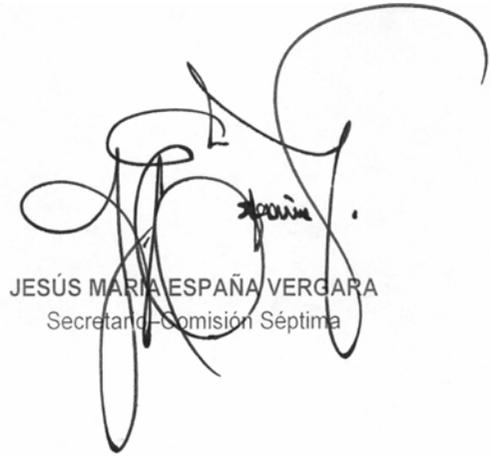
Número del Proyecto de ley: número 62 de 2018 Senado.

Título del proyecto: “por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad

laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones”.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



CONTENIDO

Gaceta número 1103 - Viernes, 7 de diciembre de 2018
SENADO DE LA REPÚBLICA
PROYECTOS DE LEY

	Págs.
Proyecto de ley número 217 de 2018 Senado, por medio del cual se regula el régimen de impedimentos y recusaciones del Fiscal General de la Nación.	1
PONENCIAS	
Informe de ponencia para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 70 de 2018 Senado, por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.....	4
Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 137 de 2018 Senado, por medio del cual se otorga un subsidio a las personas encargadas de enfermos terminales y discapacitados que necesitan cuidados permanentes”	9
Informe de ponencia para segundo debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 62 de 2018 Senado, por medio de la cual se establecen lineamientos para la estabilidad laboral de mujeres embarazadas y se dictan otras disposiciones.....	15