



ESTABILIDAD LABORAL

reforzada para
madres gestantes
y lactantes

Proyecto:
“Protección laboral
para mamá”.

¿QUÉ ES LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR FUERO MATERNIDAD?

Es la protección especial que confieren los tratados internacionales, la Constitución y la ley a las mujeres gestantes y lactantes, sobre cualquier terminación de contrato que pudiera tener origen en esta condición, como medida para evitar cualquier discriminación de la mujer en el trabajo y garantizar la estabilidad laboral.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Preámbulo: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...

Artículo 13: principio de igualdad. Se deduce que está prohibida cualquier forma de discriminación en la esfera laboral de la mujer en embarazo o en lactancia.

Artículo 43: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá 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. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Artículo 53: el Congreso expedirá el estatuto del trabajo, bajo los principios de igualdad de oportunidades de los trabajadores, remuneración vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo; estabilidad en el empleo; ...

DERECHOS Y RESPONSABILIDADES EN COLOMBIA

En Colombia, las madres gestantes y lactantes gozan de varios derechos, pero también asumen algunas responsabilidades. Una de las principales protecciones que existe en nuestro ordenamiento jurídico es la estabilidad laboral reforzada por maternidad.

PERO SI ES ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, ¿SÓLO APLICA A CONTRATOS DE TRABAJO?

No, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece este fuero aplica sin importar el tipo de contrato, sea de trabajo o de servicios, y sin importar si es con entidad pública o privada.

TIPOS DE CONTRATO DE TRABAJO

TÉRMINO INDEFINIDO

Se desprenden dos hipótesis:

a) Cuando el empleador conoce el estado de gestación de la empleada, y la despide sin la previa calificación de justa causa por parte del inspector del trabajo.

En tal evento, señala la SU-070 de 2013, que "se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación."

b) Cuando el empleador no conoce en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación: 2 supuestos:

- 1.** El empleador adujo justa causa y NO conoce el estado de gestación de la empleada: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.
- 2.** El empleador NO adujo justa causa y NO conoce el estado de gestación de la empleada: Caso en el cual la protección consistirá en la orden de reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación. A su vez de esta regla se divide otra subregla que señala que "si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuáles serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa."

TÉRMINO FIJO

Se desprenden 2 hipótesis:

a) Cuando el empleador conoce en desarrollo de la alternativa laboral el estado de gestación de la trabajadora, se proponen soluciones:

- Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la ineficacia del despido y el reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir.
- Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral.

b) Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de la alternativa laboral, el estado de gestación 3 hipótesis:

i) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin justa causa: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el período de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. También se puede ordenar el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa.

ii) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato y alega justa causa diferente a la modalidad del contrato: Solo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

iii) Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: La protección consistirá mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

Corte Constitucional: si el empleador acude ante el inspector del trabajo y éste determina que persisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el período del embarazo y los tres meses siguientes. Pero, si determina que no subsisten las causas, el inspector podrá autorizar la terminación del contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de licencia de maternidad.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Corte Constitucional: señaló que pese a que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la existencia de un contrato realidad "el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral."

Así pues, es menester determinar si en el caso concreto se estructuran los elementos de un contrato de trabajo, independiente de la denominación que el empleador adopte:

Elementos de un contrato de trabajo

- (i)** el salario,
- (ii)** la continua subordinación o dependencia
- (iii)** la prestación personal del servicio.

Por lo tanto, si el juez de tutela concluye la concurrencia de estos tres elementos en una vinculación mediante contrato de prestación de servicios de una trabajadora gestante o lactante, podrá concluirse que se está en presencia de un verdadero contrato de trabajo.

Por otro lado, la Corte menciona "en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo.

Corte Constitucional: dispuso que las mujeres en embarazo o en lactancia que desarrollen sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, no pueden ser despedidas tras el argumento que el plazo llegó a su fin, toda vez que el empleador debe demostrar que no subsiste el objeto para el cual se suscribió el contrato, y que las causas que originaron la contratación desaparecieron:

“En todo caso, la Sala considera que en el evento en que el objeto de la prestación de servicios no desaparezca, debe entenderse que la madre gestante o en periodo de lactancia tiene derecho al pago de honorarios desde el momento mismo de la renovación de contratos, o la firma de otros distintos que encubren la continuidad en el desarrollo del mismo.”

EL CONOCIMIENTO DEL ESTADO DE EMBARAZO POR PARTE DEL EMPLEADOR COMO COMPONENTE PARA DETERMINAR EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN LABORAL A LA MATERNIDAD.

- Breve explicación sentencia SU 075/18.

1. El conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte del empleador no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, sino para determinar el grado de protección que debe brindarse. Si conoce del estado de embarazo, será una protección integral y completa; mientras que, si no conoce, es una protección débil basada en la solidaridad, estabilidad y en la garantía de los derechos del madre y el recién nacido.

2. El conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero.

ELEMENTOS DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

PROHIBICION DE DESPIDO

Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia. Si la mujer es despedida dentro del período del embarazo o en los tres (3) meses siguientes, se presume que ha sido en razón de ello.

PERMISO PARA DESPEDIR

Si el empleador considera que existe una justa causa para terminar el contrato de trabajo con mujer gestante o lactante, deberá pedir autorización ante el Inspector del Trabajo para hacerlo. Si no lo hiciera así, el despido es nulo.

DERECHOS RECONOCIDOS: LICENCIA DE MATERNIDAD, PATERNIDAD Y DESCANSOS REMUNERADOS

La mujer tendrá derecho a 18 semanas de licencia de maternidad. Las cuales deben empezar por lo menos dos semanas antes de la fecha probable del parto. Además, tendrá derecho a descansos remunerados durante la lactancia.

PROHIBICION DE DESPIDO

- Artículo 239 CST.

Prohibición: Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

Presunción: 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 los tres meses posteriores al parto

Indemnización: Las trabajadoras en embarazo o lactancia 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.

PERMISO PARA DESPEDIR

- Artículo 240 CST.

Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.

Este permiso sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en el artículo 62 del CST.

Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

¿Cuáles son las justas causas de terminación de contrato por parte del empleador?

- 1.** Haber sido engañado por el trabajador para ser admitido u otro provecho.
- 2.** Actos de violencia del trabajador en contra del empleador o compañeros.
- 3.** Daño material causado intencionalmente.
- 4.** Acto inmoral o delictuoso en el lugar de trabajo.
- 5.** Violación del trabajador a sus obligaciones o prohibiciones legales o convencionales.
- 6.** Detención preventiva del trabajador por más de 30 días.
- 7.** Que el trabajador revele secretos de la empresa.
- 8.** Deficiente rendimiento del trabajador.
- 9.** Sistemática inexecución del trabajador respecto de sus obligaciones.
- 10.** Vicio del trabajador que perturbe el ambiente laboral.
- 11.** Renuencia del trabajador a tomar medidas preventivas de enfermedades o accidentes.
- 12.** Ineptitud del trabajador para la actividad contratada.
- 13.** Reconocimiento de la pensión de jubilación o invalidez al trabajador.
- 14.** Enfermedad crónica del trabajador por más de 180 días.

NULIDAD DEL DESPIDO

- Artículo 241 CST.

- 1.** El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.
- 2.** No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.

LICENCIA DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Código Sustantivo del Trabajo (CST), Cap. V

1. LICENCIA DE MATERNIDAD

¿Qué es la licencia de maternidad?

Según la organización internacional del trabajo (OIT), es el descanso remunerado que se otorga a los nuevos padres después del nacimiento de su hijo o hija.

¿Quiénes tienen derecho a la licencia de maternidad?

Según el artículo 236 del CST:

- Toda trabajadora en estado de embarazo.
- Madre adoptante.

¿Cuál es el término de la licencia de maternidad?

Son 18 semanas, y es remunerada con el salario que devenga al momento de iniciar la licencia de maternidad (art. 236, núm. 1 del CST).

¿Cuándo inicia la licencia de maternidad?

- 2 semanas antes de la fecha probable del parto.
- En madres adoptantes, desde la entrega del menor.

¿Quién debe pagar la licencia de maternidad?

- Para mujeres vinculadas mediante contrato laboral: el empleador, que después le cobrará a la EPS.
- Para mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios: la EPS.

¿Cuánto se debe pagar por licencia de maternidad?

- Para mujeres vinculadas mediante contrato laboral: el 100% del salario.
- Para mujeres vinculadas mediante contrato de prestación de servicios: depende del monto de las cotizaciones que haya realizado.

¿Cómo solicito la licencia de maternidad?

La trabajadora embarazada deberá presentar a su empleador un certificado médico en el cual conste (art. 236, núm. 3 del CST):

- El estado de embarazo de la trabajadora,
- Indicación del día probable del parto,
- Indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse 2 semanas antes del parto.

Madre de hijo prematuro

“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” (artículo 236, núm. 5 del CST).

Madre de parto múltiple

"[...] Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más".

2. LICENCIA DE PATERNIDAD

¿Quién tiene derecho a la licencia de paternidad?

El esposo o compañero permanente con respecto de los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente.

¿Cómo solicito la licencia 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.

¿Cuál es el término de la licencia de paternidad?

- 8 días hábiles de licencia remunerada.

La licencia de paternidad está a cargo de la EPS, por lo que se requiere que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Padre soltero

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.

DESCANSOS REMUNERADOS

1. DESCANSO REMUNERADO EN CASO DE ABORTO

- Artículo 237 CST.

¿A quién aplica?

- Trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto.
- Trabajadora que en el curso del embarazo sufra un parto prematuro no viable.

¿Cuál es el término?

La trabajadora tendrá derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso.

¿Cómo se solicita?

La trabajadora deberá presentar a su empleador un certificado médico en el cual se establezca:

- a) La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar; y,
- b) La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora.

2. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA

- Artículo 238 CST.

"El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad".

En caso de que la trabajadora presente certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen un mayor número de descansos, el empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior.

MODELO DE ACCION DE TUTELA

Este es solo un ejemplo de la forma que reviste una acción de tutela en la que se quiera solicitar protección al derecho de la estabilidad laboral reforzada; sin embargo, debe ser evaluada su procedencia con las particularidades de cada caso.

Ciudad, fecha.

Señor (a)

Juez competente (REPARTO)

E.S.D

Referencia: Acción de tutela contra XXX por vulneración de derechos fundamentales y a la estabilidad laboral reforzada en el fuero de maternidad.

Accionante: Nombre completo del afectado.

Accionado: Nombre de la entidad o persona que le vulnera sus derechos.

(NOMBRE COMPLETO), mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. (XXX) como aparece al pie de mi firma, vecino de la ciudad (CIUDAD, DEPARTAMENTO), por medio del presente escrito, me permito presentar en nombre propio, según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y en el decreto 2591 de 1991, **ACCIÓN DE TUTELA**, en contra de (ACCIONADO), con el fin de que se me proteja mis derechos **a la estabilidad laboral reforzada en razón del fuero de maternidad**, y; en consecuencia, vulnerar los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, el derecho al trabajo y a un debido proceso (agregar otros derechos vulnerados), violentados por el accionado. Fundamento la presente acción con base en los siguientes:

1. HECHOS

Enumerar los hechos jurídicamente relevantes y en orden cronológico en el que narre lo sucedido y por qué presenta esta acción de tutela.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículo 86 de la Constitución Política, artículo 43 de la Constitución Política, artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo; y demás que resulten aplicables en la protección de mis derechos.

3. PETICIÓN

En concordancia con todo lo anteriormente expuesto, solicito a usted Señor Juez:

PRIMERO. TUTELE a mí nombre los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA, AL MÍNIMO VITAL, EL DERECHO AL TRABAJO Y A UN DEBIDO PROCESO, vulnerados por XXXXX.

SEGUNDO. RECONOZCA a mí favor el derecho a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD, y que, por ende, para el correcto procedimiento de mi despido debía mediar autorización del Ministerio del Trabajo.

TERCERO. En consecuencia, SANCIONE a XXXXX en virtud del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, para que reconozca y cumpla a mi favor una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario, debido al incumplimiento del requisito establecido en la ley de solicitar autorización del Ministerio del Trabajo para despedir a un empleado que goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

(Y demás pretensiones)

4. PRUEBAS Y ANEXOS

Describa cada uno de los documentos que desea anexar a este escrito, junto con las pruebas que desea hacer valer, sean documentales o testimoniales.

5. JURAMENTO

En cumplimiento del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad del juramento que sobre los mismos hechos y derechos invocados en esta demanda no he interpuesto otra acción de tutela ante otra entidad.

6. NOTIFICACIONES

El accionado, XXXXX, recibirá notificaciones en la dirección XXXXX, al teléfono XXXXX; y a través del correo electrónico XXXXX.

Al suscrito, recibiré notificaciones en la dirección de mi domicilio XXXXX, al teléfono celular XXXXX y por medio del correo electrónico XXXXXXXXXXXXX.

Atentamente,

FIRMA

NOMBRE COMPLETO

NÚMERO DE CÉDULA Y LUGAR DE EXPEDICIÓN

**Ante cualquier otra inquietud, no
dudes en contactarnos.**

CONSULTORIO JURÍDICO UNIVERSIDAD DEL NORTE.

- **Dirección: Calle 74 #58-79.**
- **Teléfono: 3509258.**
- **Correo: consultoriojuridico@uninorte.edu.co**
- **www.uninorte.edu.co/web/consultorio-juridico**

