

FUERO DE MATERNIDAD

FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO
POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA



AMELIA REGINA AYOLA MENDOZA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARTAGENA, COLOMBIA
2016

FUERO DE MATERNIDAD

FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO
POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA



AMELIA REGINA AYOLA MENDOZA

Monografía realizada para optar por el título de abogado

Asesor:

DAVID ALFONSO MÚNERA CAVADÍA

Universidad de Cartagena
Facultad Derecho y Ciencias Políticas
Cartagena, Colombia

2016

Nota de aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Cartagena, _____

TABLA DE CONTENIDO

1. ASPECTOS PRELIMINARES Y METODOLÓGICOS.....	7
1.1 RAZONES PERSONALES PARA SELECCIONAR EL TEMA.....	8
1.2 MARCO TEÓRICO	8
1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.4 PROBLEMA A INVESTIGAR	13
1.5 OBJETIVOS	13
1.5.1 OBJETIVO GENERAL	13
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
1.6 DISEÑO METODOLÓGICO	14
1.6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	14
2. EL FUERO DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	15
2.1 CONCEPTO	16
2.2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL	18
2.3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	25
3. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA.....	30
3.1. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O	

LABOR CONTRATADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL33

 3.1.1. Modalidades contractuales.....34

 3.1.2. Conocimiento del empleador.....34

3.2. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA DEL FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....35

 3.2.1. Modalidades Contractuales.....36

 3.2.2. Consentimiento del empleador.....36

4. EL FUERO DE MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....39

 4.1. Caracterización general40

 4.2. El fuero maternal en Chile.....49

 4.2.1. Concepto y características49

 4.2.2. Alcances del fuero maternal50

5. CONCLUSIONES53

BIBLIOGRAFÍA56

TABLA DE CUADROS

Tabla 1. Evolución del concepto de fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	18
Tabla 2. Evolución del concepto de fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	25
Tabla 3. Duration of Maternity Protection, 2012.....	41
Tabla 4. Licencia de maternidad y países.....	42
Tabla 5. Maternity Protection Laws 2012	44
Tabla 6. Duración de la licencia de maternidad por país, 2012.....	46

TABLA DE ILUSTRACIÓN

Ilustración 1. Duración de licencia de maternidad reglamentaria por región 2012.....	40
--	----

1. ASPECTOS PRELIMINARES Y METODOLÓGICOS

1.1 RAZONES PERSONALES PARA SELECCIONAR EL TEMA

Bajo el principio de autonomía de la voluntad del empleador se esconden linderos que bien podrían afectar derechos fundamentales, su materialización se encuentra cuando la normatividad nacional vigente le permite acudir al Inspector del Trabajo o, en su defecto, al Alcalde Municipal, para solicitar autorización de dar por terminado el contrato de trabajo a la mujer en estado de gravidez ante la expiración del plazo fijo pactado, o por terminación de la obra o labor contratada.

En este contexto, el tema central de esta monografía es encontrar el alcance de la protección que le brinda la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y la Corte Constitucional frente a la condición de vulnerabilidad a que queda expuesta la mujer en estado de embarazo.

1.2 MARCO TEÓRICO

El fuero de maternidad es una garantía y protección laboral reforzada que brinda la Constitución Colombiana a la mujer embarazada al encontrarse en situación de debilidad manifiesta por su condición física, económica y mental, salvaguardando la integridad del recién nacido y de la mujer en gestación, procurando con ello erradicar toda clase de discriminación con ocasión de su estado, lo cual se debería materializar en el goce de igualdad de derechos y oportunidades.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo consagra en su Artículo 240 que “...para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el patrono necesita la autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario...” Y agrega que “...el permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el patrono para dar

por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63..."
(El subrayado es del autor).

A partir de esta regulación, el legislador permite al Inspector del Trabajo o en su defecto al Alcalde Municipal, dar por terminado el contrato de trabajo a la mujer en estado de gravidez ante la expiración del plazo fijo pactado o por terminación de la obra o labor contratada, a pesar de otorgarle el ordenamiento jurídico internacional e interno, estabilidad laboral reforzada ante su estado de debilidad manifiesta, materializándose de esta forma la inestabilidad jurídica de esta garantía.

Esto se refleja en pronunciamientos como las sentencias T 664 de 2001 y la T 2006 de 2002, en las cuales la Corte Constitucional descarta la discriminación frente al hecho de que el despido coincidiera con la expiración del plazo fijado o con la terminación de la obra o labor contratada.

Sin embargo, la sentencia Unificada 070 de 2013 consagra que en fallos como el T 1456 de 2000, T 987 de 2001, T 217 de 2006 y T 095 de 2008, se concedió el amparo, justificado en el hecho de que el Juez de Tutela no logró determinar que existiera una causa objetiva, y concluyó que subsistía la materia del contrato.

1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el marco del Estado Social de Derecho, consagrado en la Constitución Política de 1991, la estabilidad reforzada o fuero de maternidad tiene por objeto blindar a la mujer embarazada o lactante de cualquier esbozo de discriminación laboral, ya sea por terminación, despido o no renovación de su contrato, en razón de su estado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia Unificada 071 de 2013 contempla como fundamento de esta protección especial "...el derecho a la

igualdad y la consecuente prohibición de la discriminación por razones de sexo, prescritas en los artículos 13 y 43 de la Constitución, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Del mismo modo se funda en los artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) 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...”. Es precisamente a raíz de esta regulación internacional, en donde el Estado colombiano se obliga a proteger los ingresos laborales de las mujeres en esta condición, afianzar su derecho a trabajar, y además a garantizar en el evento de encontrarse desempleadas, un ingreso que les permita una vida en condiciones dignas, el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente.

Situación que ratificó la Organización Internacional del Trabajo, al prohibir en el Convenio 153 de 1979 y en el 156 de 1981, toda clase de discriminación justificada en el sexo, estado de lactancia o embarazo, y cualquier desmejora de las condiciones laborales con ocasión del embarazo.

En lo que respecta a regulación del ordenamiento jurídico interno, el Código Sustantivo del Trabajo tiene como núcleo el Artículo 240, el cual faculta al empleador para despedir a la mujer embarazada o lactante siempre que cuente con autorización del Inspector del Trabajo, o en su defecto, del Alcalde Municipal para aquellos entes territoriales donde no existiere este funcionario.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en providencia proferida el 25 de marzo de 2015¹, establece que “...las normas legales protectoras de la maternidad mantienen como supuesto de hecho relevante el “... Despido...”, de manera que no son aplicables cuando lo que ocurre

¹**CSJ SALA LABORAL.** Magistrados Ponentes: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno. SL3535 – 2015. Radicación No. 38239 Acta 09.

es un “...fenecimiento del plazo pactado en el contrato a término fijo...”, por virtud, entre otras cosas, de la legítima libertad del empleador para convenir la modalidad contractual con la trabajadora, y de las previsiones legales que justifican su expiración en un determinado plazo...”.

Y agrega que, a pesar de tal hecho “...la sala no es ajena a que la protección de la maternidad en el ámbito de las relaciones laborales debe poder perseguirse, aun en vigencias de estas modalidades contractuales legítimas...” tales como el contrato a término fijo y por obra o labor determinada.

Este planteamiento lo justifica la corporación al afirmar que “...las garantías propias de la legislación para la maternidad en el trabajo no deberían encontrar límites absolutos en función del diseño de las modalidades del contrato, por lo que resulta indispensable una armonización de las dos categorías...” Impidiendo de esta forma que se desnaturalicen las garantías mínimas de una licencia de maternidad.

Frente a tales circunstancias, dicha Corte encuentra más adecuado que se “...garantice la vigencia del contrato de trabajo a término fijo durante el periodo de embarazo y por un término de la licencia de maternidad, en cada caso particular, que es un lapso prudencial, razonable y acoplado a las especiales realidades devenidas del embarazo.”

Según el Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, se considera lapso prudencial, razonable y acoplado “... una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso... Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor...”

Agregando que “...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 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más. En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre...”

Todo lo anterior, lo justifica la Corte en la sentencia referenciada² en “...el deber de solidaridad que resulta predicable de los empleadores y con el ánimo de garantizar un ingreso económico suficiente a la madre, su protección en el sistema de seguridad social y resguardar los derechos del recién nacido...” Sin que ello signifique que “...el contrato a término fijo pierda su esencia temporal, de manera que se mantiene vigente únicamente por el tiempo necesario para darle protección adecuada a la maternidad. Por lo mismo, si dentro de ese periodo de estabilidad especial, durante el embarazo y por el termino de licencia de maternidad posparto, se ha hecho uso del preaviso establecido en la ley para el fenecimiento del plazo fijo pactado, el contrato se mantendrá por el término que faltare para cumplir el termino de protección, vencido el cual fenecerá la vinculación sin formalidades adicionales...”

Este último aspecto -el término de protección-, se debe interpretar a la luz del espíritu de la regulación, el cual va encaminado a garantizar la estabilidad laboral reforzada de la mujer trabajadora, en conexidad con el derecho al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a los derechos fundamentales del menor. Así mismo, se debe analizar en armonía con ordenamientos jurídicos de otros países, tales como Moldoya, en donde se protege el empleo más allá de la licencia de maternidad, abarcando desde el embarazo hasta que el menor cumpla 6 años, o

²**CSJ SALA LABORAL.** Magistrados Ponentes: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno. SL3636 – 2015. Radicación No. 38239 Acta 09.

Mongolia, hasta que el menor cumpla 3 años, y Chile, hasta un año después de la expiración de la licencia de maternidad³.

Frente a tal panorama ¿Cuál es el alcance de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y la Corte Constitucional frente al fuero de maternidad y la facultad legal del empleador de no prorrogar el contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada?

1.4 PROBLEMA A INVESTIGAR

¿Cuál es el alcance de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y la Corte Constitucional frente al fuero de maternidad y la facultad legal del empleador de no prorrogar el contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada?

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si se desvirtúa el fuero de maternidad frente a la facultad legal del empleador de no prorrogar su contrato pactado por término fijo y de obra o labor contratada.

³Maternidad en el Trabajo: Examen de Legislación Nacional sobre los resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Ginebra, 2010.

1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✓ Caracterizar el fuero de maternidad conforme a los desarrollos legislativos del ordenamiento jurídico Colombiano.

- ✓ Delimitar el alcance de la estabilidad laboral reforzada que brinda el ordenamiento jurídico colombiano a la trabajadora en estado de embarazo.

- ✓ Determinar la naturaleza jurídica del fuero de maternidad ante la no prórroga de contrato de término fijo y de obra o labor contratada.

1.6 DISEÑO METODOLÓGICO

1.6.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación no pretende manipular variables, sino observar el fenómeno objeto de estudio en su contexto natural para posteriormente analizarlo. El diseño de la investigación será longitudinal de evolución de grupos o Cohorts, la cual se caracteriza por centrarse en partes de una población, grupos específicos y los cambios que en estos se producen a lo largo del tiempo.

2. EL FUERO DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1 CONCEPTO

Según la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en el pronunciamiento proferido el 25 de marzo de 2015⁴, tesis confirmada en el fallo dictado por esta misma corporación el 15 de abril de 2015⁵, reconoce la Protección a la maternidad como “Un objetivo de interés superior”, y agrega que “... constituye uno de los pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 43 de la Constitución Política establece que “...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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

A partir de esta garantía de rango Constitucional, se derivan cuatro premisas fundantes, las cuales desarrolla ampliamente la Corte Constitucional en Sentencia T 656 de 2014, las cuales son:

I. **ESPECIAL ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO A LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO Y DESPUÉS DEL PARTO.**

“Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada”⁶.

⁴**CSJ SALA LABORAL.** Magistrados Ponentes: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno. SL3636 – 2015. Radicación No. 38239 Acta 09.

⁵**CSJ SALA LABORAL.** Magistrado Ponente: Gustavo Hernando López Algarra. SL5724 – 2015. Radicación No. 44397 Acta 11.

⁶**CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T 656 de 2014. Referencia: expediente T-4335824. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

- II. **PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA O LACTANTE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO O FUERO DE MATERNIDAD:** “Tiene como fin impedir el despido o la terminación del contrato, causados por el embarazo o la lactancia. Tal y como lo ha sostenido esta Corte, una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”⁷.
- III. **CONCEPCIÓN DE VIDA COMO VALOR FUNDANTE DENTRO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL (Preámbulo y artículos 11 y 44 Superior).** “La protección a la mujer trabajadora gestante tiene como fundamento a la presunción de que la vida que se está gestando es protegida, cuando la madre goza efectivamente de sus derechos fundamentales, especialmente de su derecho al trabajo, del cual se deriva el sustento económico que le va proveer lo necesario para cuidar de su hijo por nacer”⁸.
- IV. **PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 42 CONSTITUCIONALES**⁹.

⁷**CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T 656 de 2014. Referencia: expediente T-4335824. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁸**CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T 656 de 2014. Referencia: expediente T-4335824. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁹**CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia T 656 de 2014. Referencia: expediente T-4335824. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

2.2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL

Tabla 1. Evolución del concepto de fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

SENTENCIA	CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD.
<p>10 de julio de 2002. RADICACIÓN: 17193. MAGISTRADO PONENTE: Isaura Vargas Díaz.</p>	<p>✓ “...hay dos períodos claramente delimitados en la ley: el primero, hasta los tres meses posteriores al parto,... 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 ésta 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...”</p>
<p>30 de septiembre de 2004. RADICACIÓN No. 23863. MAGISTRADO PONENTE: Eduardo López Villegas.</p>	<p>✓ “En sentencia C-470/97, que consagraba en favor de la trabajadora durante el embarazo y en los tres meses posteriores al parto, el fuero de maternidad que les da derecho a lo que se ha denominado estabilidad laboral reforzada, es decir que el despido realizado en ese lapso sin la correspondiente autorización previa del</p>

	<p>funcionario del trabajo competente no produce efecto alguno, y que por lo tanto, en principio, existe el derecho al reintegro...”</p> <p>✓ “...el juez del trabajo debe analizar las circunstancias que aparezcan en el juicio para decidir entre el reintegro o el pago de la indemnización y encuentra que la desaparición de la empresa es una de esas circunstancias,... no es jurídicamente posible asumir una obligación que tenga por objeto el cumplimiento de un hecho o acto físicamente imposible...”.</p>
<p>31 de octubre del 2006. RADICACIÓN No. 28483. MAGISTRADO PONENTE: Eduardo López Villegas.</p>	<p>✓ “...el despido se produce por motivo de embarazo o lactancia, real o presuntamente (porque no se obtuvo el permiso para el efecto, que solo puede ser concedido cuando se prueba una justa causa). En tal caso el despido no produce efectos...”.</p> <p>✓ “...el despido se origina en justa causa (que deberá ser demostrada en el proceso ordinario correspondiente) pero sin el permiso exigido en la ley. En este evento, en que la trabajadora no está en incapacidad o licencia, el contrato termina pero genera las consecuencias indemnizatorias y prestacionales antes descritas...”</p> <p>✓ “...el despido se presenta dentro de lo contemplado en el artículo 241 C. S. T., caso en</p>

	<p>el cual es ineficaz, sin importar el motivo o razón del mismo...”</p> <p>✓ “...el despido se produce con la autorización pertinente y en tal evento, a pesar de estar la trabajadora embarazada, origina la terminación del contrato sin lugar a indemnización alguna...”</p>
<p>9 de febrero de 2010. RADICACIÓN No. 34279. MAGISTRADO PONENTE: Gustavo Gnecco Mendoza.</p>	<p>✓ ...ni la Constitución ni la ley permiten la renuncia a la remuneración del descanso por embarazo, porque tiene como fin tutelar un bien jurídico superior que trasciende el contrato de trabajo y está de por medio la conservación de la especie y el mejoramiento y bienestar de la sociedad, y que el empleador está obligado a pagar todas las prestaciones sociales a su cargo, sin necesidad que el trabajador le notifique previamente de su causación...”</p>
<p>27 de abril de 2010. RADICACIÓN No. 38190. MAGISTRADO PONENTE: Luis Osorio López.</p>	<p>✓ “...el despido de la trabajadora que se encuentra en uso de licencia de maternidad es ineficaz, en los términos del artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 8° del Decreto 13 de 1967...”</p> <p>✓ El vencimiento del plazo fijo pactado no puede tenerse como un despido, por tal razón no requiere autorización previa.</p>

<p style="text-align: center;">17 de mayo de 2011.RADICACIÓN No. 38182, MAGISTRADO PONENTE: Jorge Burgos Ruiz.</p>	<ul style="list-style-type: none">✓ “...la protección a la estabilidad de la trabajadora desarrollada en el Artículo 239 del C. S. T consiste en que está prohibido el despido por motivo de embarazo o lactancia. Y se presume que el despido se ha efectuado por motivos de embarazo o lactancia cuando este ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización correspondiente...”✓ “...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...”✓ “Por otra parte, al haberse producido el despido de la trabajadora después de los tres meses posteriores al parto, el empleador no estaba obligado a obtener la autorización del inspector del trabajo que extraña el apelante, pues, para el momento de terminación del vínculo laboral, ya estaba vencido el término previsto en el artículo 240 del CST. Por tal razón, su omisión ninguna incidencia tiene para efectos de
---	---

	<p>establecer los móviles del despido y no puede dar lugar a la declaratoria de la nulidad del despido, ni a las condenas solicitadas de manera principal a consecuencia de dicha declaración, como se solicita en la apelación. Como tampoco a la indemnización por despido en estado de lactancia sin la mencionada autorización, implorada subsidiariamente...”</p>
<p>30 de agosto de 2011. RADICACIÓN No. 40283. MAGISTRADO PONENTE: Carlos Molina Monsalve.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ “...a menos que se trate de un hecho notorio... se ciñe al lapso comprendido entre la notificación del estado de gravidez, los tres meses posteriores al parto, y los períodos legales de descanso,..” ✓ A partir de la notificación surge la protección. ✓ “El despido se produce por motivo de embarazo o lactancia, real o presuntamente (porque no se obtuvo el permiso para el efecto, que solo puede ser concedido cuando se prueba una justa causa)”. ✓ “El despido se origina en justa causa (que deberá ser demostrada en el proceso ordinario correspondiente) pero sin el permiso exigido en la ley. En este evento el contrato termina pero genera las consecuencias indemnizatorias y prestacional” ✓ “El despido se presenta dentro de lo contemplado en el artículo 241 C. S. T., caso en

	<p>el cual es ineficaz, sin importar el motivo o razón del mismo...”</p> <p>✓ “...el despido se produce con la autorización pertinente y en tal evento, a pesar de estar la trabajadora embarazada, origina la terminación del contrato sin lugar a indemnización alguna...”</p>
<p>19 de octubre de 2011. RADICACIÓN: 41075. MAGISTRADO PONENTE: Carlos Molina Monsalve.</p>	<p>✓ “La protección a la maternidad, a menos que se trate de un hecho notorio... inicia desde la noticia del estado de gravidez, de modo que no es posible entender que la decisión de despido comunicada por la empresa a la trabajadora antes de conocer la mencionada situación, le otorgue jurídicamente el fuero materno, porque mientras que el empleador no se encuentre enterado, no es factible presumir que la decisión obedeció al embarazo”</p>
<p>25 de marzo de 2015. Radicación No. 38239. MAGISTRADOS PONENTES: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno.</p>	<p>✓ El deber de solidaridad resulta predicable de los empleadores, con el ánimo de garantizar un ingreso económico suficiente a la madre, su protección en el sistema de seguridad social y resguardar los derechos del recién nacido...”</p> <p>✓ Sin que ello signifique que “El contrato a término fijo pierda su esencia temporal, de manera que se mantiene vigente únicamente por el tiempo</p>

	<p>necesario para darle protección adecuada a la maternidad. Por lo mismo, si dentro de ese periodo de estabilidad especial, durante el embarazo y por el termino de licencia de maternidad posparto, se ha hecho uso del preaviso establecido en la ley para el fenecimiento del plazo fijo pactado, el contrato se mantendrá por el término que faltare para cumplir el termino de protección, vencido el cual fenecerá la vinculación sin formalidades adicionales...”</p>
<p>15 de abril de 2015. RADICACIÓN No. 47001. MAGISTRADA PONENTE: Clara Dueñas Quevedo.</p>	<p>✓ “...una trabajadora en estado de gravidez no puede ser despedida dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto y que la presunción contenida en el CST art. 239, no admite prueba en contrario...”.</p> <p>✓ “...debe garantizarse independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora -que queda embarazada en vigencia del mismo- con su empleador, pues en todo caso, la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando”</p>

2.3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Tabla 2. Evolución del concepto de fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

SENTENCIA	CONCEPTO DE FUERO DE MATERNIDAD
<p>T 1153 de 2000.</p>	<p>✓ “El fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese período se presumen que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De ahí pues que, el empleador debe desvirtuar tal presunción, explicando suficiente y razonablemente que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causas imputables al embarazo”</p>
<p>T 056 de 2007.</p>	<p>✓ “Por medio del “Fuero de Maternidad” se concreta la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, lo que garantiza la realización efectiva del derecho de gozar de unos privilegios definidos por la normativa vigente, consistiendo en darle una estabilidad</p>

	<p>laboral desde el momento que se encuentra en estado de embarazo hasta tres meses posterior al nacimiento del menor, afiliación a salud y pago de la licencia de maternidad, prebendas que están sujetas a la verificación estricta del cumplimiento de unas condiciones que deben darse en cada caso concreto”</p>
<p>T 825 de 2008.</p>	<p>✓ “La Corte Constitucional ha considerado a la mujer embarazada y en período de lactancia, como sujeto de especial protección constitucional, ya que es deber del Estado garantizar que la igualdad sea real y efectiva, protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”</p>
<p>T 204 de 2010.</p>	<p>✓ “La protección del embarazo cobra especial realidad y efectividad, y, necesariamente, por los derechos fundamentales en custodia, implica una estabilidad laboral forzada de la mujer en estado de gravidez, que a su vez conlleva la prohibición de ser despedida por razón del mismo, al ser un criterio</p>

	<p>discriminatorio que atenta contra el artículo 13 de la carta y deviene en afectación de los derechos de quien está por nacer, como de la familia”</p>
<p>T 559 de 2010.</p>	<p>✓ “La estabilidad laboral reforzada en las mujeres trabajadoras que están en situación de embarazo o lactancia, busca fundamentalmente su permanencia en el empleo, obteniendo los correspondientes beneficios, salarios y prestaciones, aun estando en contra de la voluntad del empleador, en el evento en que no exista una justa causa de despido, ya que de ninguna manera podrá tomarse como tal su estado de embarazo o de lactancia...”</p>
<p>T 082 de 2012.</p>	<p>✓ “El fuero de maternidad corresponde a una categoría jurídica en presencia de la cual se activan en nuestro orden jurídico obligaciones y prohibiciones excepcionales para el empleador, que concretan el mandato constitucional según el cual debe otorgarse a la mujer embarazada una protección laboral reforzada, la cual exige para su aplicación solo dos requisitos: (i) que exista una alternativa laboral que respalde una</p>

	<p>relación laboral de la cual es parte la mujer gestante, y (ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o en periodo de lactancia (3 meses siguientes) durante la relación laboral, de forma que si es despedida en estas condiciones, procede de inmediato el reconocimiento de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad”.</p>
<p>T 1045 de 2012.</p>	<p>✓ “Una especial protección a la mujer en estado de embarazo y al niño que está por nacer y, se materializa en una estabilidad laboral reforzada objetiva de la trabajadora en su sitio de trabajo, claro está teniendo en cuenta la modalidad contractual utilizada, la naturaleza de la labor requerida y el fin para el cual se hace uso del contrato laboral empleado”</p>
<p>T 312 de 2014.</p>	<p>✓ “El amparo no radica solo en la remuneración a la mujer embarazada, sino que “busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, que es un derecho inalienable de todo ser humano”, reafirmando que “no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres, sino que es necesario que</p>

	además les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar”
T 656 de 2014.	✓ “La mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad -como cualquier trabajador- sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por lo cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz”

**3. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR
CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR
CONTRATADA**

En el evento de analizar, los Artículos 239 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, puede observarse que, estos artículos, vistos de manera aislada, permiten el despido de la mujer gestante o lactante con autorización de la autoridad competente, con base en alguna causal de las contempladas en los Artículos 62 y 63 ibídem.

Problemática que se agudiza al acceder también a la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del término inicialmente pactado, o por culminación por la obra o labor contratada de la mujer titular del fuero de maternidad.

A través de esas concesiones que abiertamente permite el Código al empleador, se desconoce que la mujer gestante y lactante son sujetos de especial protección por parte de la norma constitucional, en razón a la desigualdad material y formal que existe entre la mujer gestante y lactante en relación con los demás trabajadores. Situación que desarrolla la Corte Constitucional en Sentencia T 736 de 2013 al afirmar que "...la Constitución Política, en su Artículo 13, establece que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...".

Y señala posteriormente "... como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población..." Tales como la mujer gestante y lactante.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional, han intentado subsanar esta falencia en sus últimos pronunciamientos a la luz del principio de progresividad desarrollado por esta última corporación en Sentencia C 428 de 2009 al afirmar que "...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección,

la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie, el mandato de progresividad...”.

Y agrega que “...cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja...”

Por otro lado la Sentencia T 428 de 2012 complementa que “...comporta: (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”

Panorama que se agudiza al estar las mujeres obligadas en la mayoría de eventos “...a recurrir a la tutela como el único mecanismo efectivo para impedir la vulneración del derecho fundamental a la protección por maternidad. Las líneas jurisprudenciales sobre el tema que ha construido la Corte en los últimos años,

devela la desafortunada realidad de un ámbito laboral que discrimina a la mujer por causa de embarazo...”¹⁰.

Por otro lado “...la Estabilidad Laboral Reforzada no es un derecho inamovible pues al serlo podría traer implícitamente unas consecuencias en perjuicio de los mismos trabajadores, pues de ser así los empleadores llegarán al punto de abstenerse al momento de generar empleo y realizar contrataciones a personas en condición de discapacidad, madres cabeza de familia, entre otros, en pro de evitar enfrentarse ante una futura demanda cuando considere que el personal no es apto para desempeñar las funciones por las cuales fue contratado, porque no aprobó su periodo de prueba, o porque sencillamente no se mantienen las causas que dieron inicio a la relación contractual, de ser así ya no solo se vulnera el derecho al trabajo, sino se verían quebrantados otros derechos que permiten el respeto de las personas atendiendo a la dignidad humana, y a los fines propios del Estado en cuanto a la generación de políticas que permitan el desarrollo en la sociedad de las personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta”¹¹.

3.1. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL

Para analizar el alcance del fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, éste se debe discriminar según las modalidades contractuales y el conocimiento del empleador.

¹⁰ Nivel de protección jurídica a la maternidad en Colombia. Omar Castro y Lucas caballero., 2013. Universidad Cooperativa de Colombia.

¹¹ De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho. Nelcy Constanza Boada peñaranda Universidad católica de Colombia, 2015.

3.1.1. Modalidades contractuales

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia 25 de marzo de 2015, radicación No. 38239 con Magistrados ponentes: Elsy del Pilar Cuello Calderón y Rigoberto Echeverri Bueno afirma que "...la expiración del término pactado en los contratos a término fijo no constituye una causa de despido, sino un modo de terminación del mismo... la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer".

No obstante, agrega que "... éste habrá de extenderse de manera irrestricta durante el período de embarazo y la licencia de maternidad que, en cada caso en particular se contabilizará conforme lo contempla el art. 236 del CST, modificado por el art. 1° de la L. 1468/2011. Luego de lo cual, la vinculación laboral podrá no ser renovada al vencimiento del período aludido, sin ningún tipo de formalidad adicional, siempre y cuando el empleador ratifique la decisión que en tal sentido adopte, con los 30 días de antelación que contempla la ley".

Y finaliza describiendo "Con tal orientación, se tiene que cuando la trabajadora sea desvinculada de manera previa al vencimiento del término descrito en líneas anteriores -etapa de embarazo y licencia de maternidad-, se entenderá que la vinculación laboral se mantuvo vigente y consecuentemente, habrá lugar a reconocer los salarios y demás prestaciones dejadas de cancelar durante el tiempo que le hiciere falta para culminar el período de protección".

3.1.2. Conocimiento del empleador

Según Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral del 28 de mayo de 2015 con Magistrada ponente Clara Dueñas Quevedo, Radicación No. 46731, el conocimiento del empleador es obligatorio para

“...preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operaren sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967”.

Además agrega que “...pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba”.

Para concluir que “Si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido”.

3.2. ALCANCE DE LA FACULTAD DEL EMPLEADOR DE NO PRORROGAR CONTRATO PACTADO POR TÉRMINO FIJO Y DE OBRA O LABOR CONTRATADA DEL FUERO DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para analizar el alcance del fuero de maternidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este se debe discriminar según las modalidades contractuales y el conocimiento del empleador.

3.2.1. Modalidades Contractuales

Según la Sentencia T 008 de 2013 “Los contratos a término fijo y por obra, la Corte fue enfática en la sentencia T 095 de 2008, en reconocer que: ‘(...) la protección debe otorgarse a las mujeres gestantes que hayan quedado embarazadas durante la vigencia del contrato, con independencia de si el empleador ha previsto o no una prórroga del mismo. La madre gestante debe comprobar que quedó embarazada antes del vencimiento del contrato a término fijo o por obra pero no resulta indispensable que lo haga con antelación al preaviso. Esto último resulta de la mayor importancia porque muchos empleadores niegan la protección con el argumento de que desconocían el estado de la trabajadora al momento de comunicarles el preaviso”. Tesis reiteradas en las sentencias T 003 de 2008, T 824, T 095 y T 687 del mismo año.

Y adiciona que lo que se busca es “La estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante, sin importar el tipo de contrato que ésta tenga con el empleador, cuando quiera que la terminación del contrato ocurra durante el embarazo o en los tres meses siguientes al parto, previa comprobación”. Tesis reafirmada por la Sentencia Unificada 070 de 2013.

3.2.2. Consentimiento del empleador

Según la Sentencia T 656 de 2014 “El conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección”. Al respecto la Corte distinguió dos situaciones: si el empleador tenía conocimiento, hay lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Mientras que, en el caso

en que el empleador no tenía conocimiento del embarazo, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido”.

Con este pronunciamiento se desconoce la Sentencia T 095 de 2008, en donde la Corte Constitucional desarrolla que “...la protección debe otorgarse a las mujeres gestantes que hayan quedado embarazadas durante la vigencia del contrato, con independencia de si el empleador ha previsto o no una prórroga del mismo. La madre gestante debe comprobar que quedó embarazada antes del vencimiento del contrato a término fijo o por obra pero no resulta indispensable que lo haga con antelación al preaviso. Esto último resulta de la mayor importancia porque muchos empleadores niegan la protección con el argumento de que desconocían el estado de la trabajadora al momento de comunicarles el preaviso”.

Así mismo afirma que “...La ciencia médica ha avanzado hasta el punto en que mediante una ecografía puede determinarse de modo bastante seguro el momento del embarazo, resulta más garantista a la luz de la constitución entender la protección a la mujer en estado de gravidez como aquella que debe brindarse cuando quiera que la mujer ha quedado embarazada durante la vigencia del contrato de trabajo independientemente de la modalidad que caracterice la relación laboral. Así, sin importar cuál sea el tipo de contrato pactado – indefinido, a término fijo o por obra - el empleador estará obligado a reconocerle a la mujer gestante las prestaciones vinculadas con el fuero de maternidad que abarca la protección constitucional de la mujer trabajadora durante el embarazo, en el parto y luego de los tres meses de haber dado luz”.

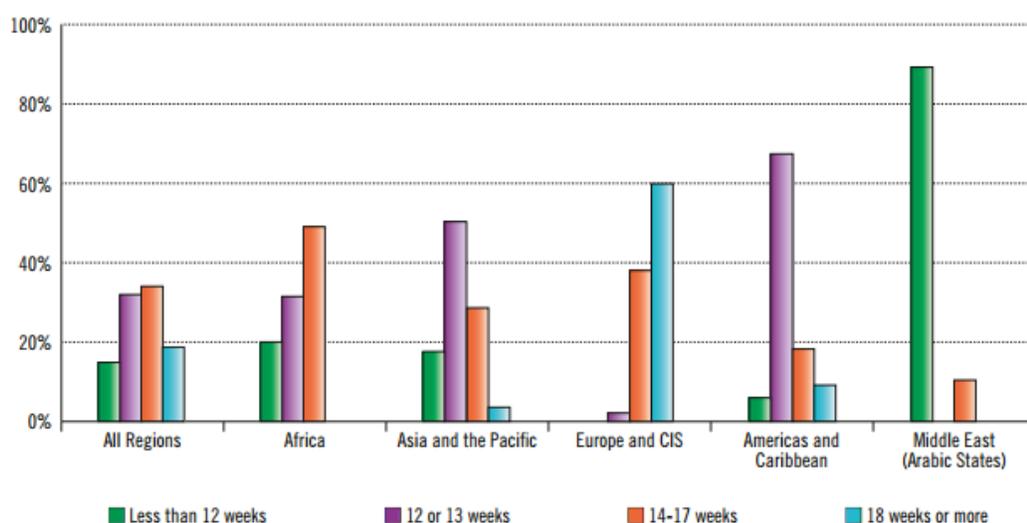
Y finaliza concluyendo que "...de esta forma la legislación vigente, se confiere una mayor protección a la mujer gestante y se la exime de situaciones complejas desde el punto de vista probatorio que terminan por dejarla sin protección. Tal es el caso de la mujer cuyo estado de gravidez se presenta antes del preaviso pero quien se entera de su circunstancia luego de que el empleador le ha comunicado que no le prorrogará el contrato. En estos eventos el empleador omite conferir la protección escudado en el hecho de que el embarazo no le fue comunicado. Esta es una práctica bastante reiterada, perniciosa y restrictiva de los derechos de la mujer gestante".

4. EL FUERO DE MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1. Caracterización general

Al analizar el panorama amplio del fuero de maternidad, se encuentra que el 60% de los países europeos tienen ordenamientos jurídicos en donde le otorgan a la licencia de maternidad reglamentaria 18 semanas o más, periodo al que sólo el 10% de naciones en América y el Caribe le dan tal garantía.

Ilustración 1. Duración de licencia de maternidad reglamentaria por región 2012.



Fuente: Informe de la OIT titulado “Working Conditions Laws Database”, 2012.

Panorama negativo que se agudiza al analizar específicamente la composición de la duración de la licencia mencionada en países americanos, ya que tan solo Chile, Cuba y Venezuela, le otorgan 18 semanas o más, en cambio Colombia regula tan solo 14 semanas, pese a que en el Artículo 13 Constitucional establece que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Tabla 3. Duration of Maternity Protection, 2012.

Region	Less than 12 weeks	12 or 13 weeks (meets ILO Conv. 3 & 103)	14-17 weeks (meets ILO Conv. 3, 103, & 183)	18 weeks or more (meets C3, C103, C183 & R191)
Africa	Cape Verde, Eritrea, Guinea-Bissau, Lesotho, Malawi ¹⁰ , Mozambique, Sao Tome and Principe, Sudan, Tunisia, Uganda	Angola, Botswana, Burundi, Egypt, Equatorial Guinea*, Ethiopia, Gambia, Ghana*, Kenya, Mauritius, Namibia, Nigeria, Rwanda, Swaziland, United Republic of Tanzania, Zambia*	Algeria*, Benin**, Burkina Faso*, Cameroon*, Central African Republic*, Chad, Comoros, Congo, Democratic Republic of Congo, Djibouti, Ivory Coast*, Gabon*, Guinea*, Libya*, Madagascar, Mali**, Mauritania*, Morocco**, Niger, Senegal, Seychelles, Somalia, South Africa, Togo, Zimbabwe	
Asia and the Pacific	Brunei-Darussalam, Malaysia, Nepal, Papua-New Guinea*, Philippines	Afghanistan, Cambodia, Fiji, India, Indonesia, Iran ¹¹ , Kiribati, Republic of Korea, Lao People's Democratic Republic, Myanmar, Pakistan, Solomon Islands, Sri Lanka*, Thailand, Vanuatu	Bangladesh, China, Japan, Mongolia*, New Zealand, Singapore, Vietnam	Australia ¹²
Europe and CIS		Iceland	Austria**, Belarus**, Belgium, Finland, France*, Germany*, Greece*, Israel, Latvia**, Luxembourg**, Malta, Netherlands**, Portugal*, Slovenia**, Spain*, Sweden, Switzerland, Turkey	Albania**, Armenia, Azerbaijan**, Bosnia-Herzegovina**, Bulgaria**, Croatia*, Cyprus**, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary**, Ireland, Italy**, Kazakhstan**, Kyrgyzstan*, Lithuania**, FYR Macedonia**, Moldova**, Norway ¹³ , Poland*, Romania**, Russian Federation*, San Marino*, Serbia**, Slovakia**, Tajikistan*, Ukraine*, United Kingdom, Uzbekistan*
Americas and Caribbean	Bolivia*, Honduras	Antigua and Barbuda, Argentina*, Bahamas*, Barbados, Dominica, Dominican Republic, Ecuador*, El Salvador, Grenada, Guatemala*, Guyana, Haiti, Jamaica, Mexico, Nicaragua*, Paraguay, Peru, St. Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and Grenadines, Trinidad and Tobago, United States ¹⁴ , Uruguay*	Belize**, Brazil*, Canada, Colombia*, Costa Rica, Panama*	Chile*, Cuba**, Venezuela*
Middle East (Arab States)	Bahrain, Iraq, Jordan, Kuwait, Lebanon, Qatar, Saudi Arabia, United Arab Emirates, Yemen		Syria	

Fuente: Informe de la OIT titulado “Working Conditions Laws Database”, 2012.

Se traduce información para mayor claridad.

Tabla 4. Licencia de maternidad y países.

Región	Menos de 12 semanas	12 o 12 semanas	14 - 17 semanas	18 semanas o mas
África	Cabo Verde, Guinea - Lesotho, Mozambique, Tomé y prncipe, Sudan, Uganda.	Eritrea, Bissau, Malawi, Santo Tumisia,	Angola, Burundi, Guinea Ecuatorial, Etiopia, Ghana, Mauricio, Nigeria, Suazilandia, Republica Unida de Tanzania, Zambia.	Botswana, Egipto, Camerun, Republica Centroafricana, Chad, Comoros, Republica Democratica de Congo, Yibuti, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, Marruecos, Niger, Senegal, Seychelles, Somalia, Sudáfrica, Togo, Zimbabue.
Asia y Pacífico	Brunei, Malasia, Nepal, Papúa Nueva Guinea, Filipinas.	Afganistan, Camboya, Fijl, India, Indonesia, Iran, Kiribati, Laos, Birmania, Pakistan, Islas Salomon, Sri Lanka, Tailandia, Vanuatu.	Banglades, China, Japon, Mongolia, Nueva Zelanda, Singapur, Vietnan.	Australia.

Europa y Cis	Islandia.	Austria, Bielorrusia, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Israel, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía.	Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia - Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Irlanda, Italia, Kazajistán, Kirguistán, Lituania, Macedonia, Moldova, Noruega, Polonia, Rumania, Rusia, San Marino, Eslovaquia, Serbia, Tayikistán, Ucrania, Uzbekistán, Reino Unido.	
América y Caribe	Bolivia y Honduras.	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Republica Dominicana, Ecuador, El salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Isla San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay.	Belice, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica y Panamá.	Chile, Cuba y Venezuela.

Oriente Medio.	Barein, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Catar, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Yemen.	Siria.
-----------------------	---	--------

Fuente: Informe de la OIT titulado “Working conditions Law. Traducción realizada por el autor,

Este término irrisorio ubica a Colombia en el octavo país del continente americano en el orden ascendente según el número de semanas de protección a la maternidad, y a Chile en el escalafón de país con mayor protección.

Tabla 5. Maternity Protection Laws 2012

Country	Duration of maternity leave (as expressed in the national legislation)	Duration of maternity leave, converted into weeks	Amount of maternity leave benefits	Source of maternity leave benefits
AMERICAS AND CARIBBEAN				
Antigua and Barbuda	13 weeks	13 weeks	60% (based on 52 week average)	Social insurance
Argentina	90 days	13 weeks	100%	Social insurance
Bahamas	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance (66.6% for 13 weeks) and employer (33.4% for 12 weeks)
Barbados	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance
Belize	14 weeks	14 weeks	100%	Social insurance (or employer for women who are not entitled to receive social insurance benefits)
Bolivia	60 days	9 weeks	100% of minimum wage; 75% of wages used as the base in case the wage is over the national minimum wage	Social insurance
Brazil	120 days ¹¹	17 weeks	100%	Social insurance
Canada	17 weeks (federal)	17 weeks	55% up to a ceiling for 15 weeks	Social insurance

Chile	18 weeks	18 weeks	100% (up to a ceiling)	Social insurance
Colombia	14 weeks	14 weeks	100%	Social insurance
Costa Rica	4 months	17 weeks	100%	Social insurance (50%), employer (50%)
Cuba	18 weeks	18 weeks	100%	Social insurance
Dominica	12 weeks	12 weeks	60%	Social insurance
Dominican Republic	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance (50%), employer (50%)
Ecuador	12 weeks	12 weeks	100%	Mixed (75% social insurance, 25% employer)
El Salvador	12 weeks	12 weeks	75%	Employer (social insurance gradually covers risks for maternity related reasons)
Grenada	3 months	13 weeks	100% for 2 months and 65% for the final month	Social insurance (65% for 3 months), employer (40% for 2 months)
Guatemala	84 days	12 weeks	100%	Mixed (67% paid by social insurance, 33% paid by employer); employer pays for workers who are not insured
Guyana	13 weeks	13 weeks	70%	Social insurance
Haiti	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance (provided woman is insured by social insurance)
Honduras	10 weeks	10 weeks	100% for 84 days	Mixed (social insurance pays two-thirds and employer pays one-third)
Honduras	10 weeks	10 weeks	100% for 84 days	Mixed (social insurance pays two-thirds and employer pays one-third)
Jamaica	12 weeks	12 weeks	100% for 8 weeks	Employer
Mexico	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance
Nicaragua	12 weeks	12 weeks	100%	Mixed (60% social insurance, 40% employer)
Panama	14 weeks	14 weeks	100%	Mixed (employer makes up the difference between social insurance/mandatory individual account payments and wages)
Paraguay	12 weeks	12 weeks	50% for 9 weeks	Social insurance
Peru	90 days	13 weeks	100%	Social insurance
St. Kitts and Nevis	13 weeks	13 weeks	65%	Social insurance
St. Lucia	3 months	13 weeks	65%	Social insurance
St. Vincent and Grenadines	13 weeks	13 weeks	65%	Social insurance
Trinidad and Tobago	13 weeks	13 weeks	100% (based on a calculation of how much a worker paid into social insurance)	Social insurance
United States	12 weeks (federal level)	12 weeks (federal level)	Unpaid	No national programme
Uruguay	12 weeks	12 weeks	100%	Social insurance
Venezuela	18 weeks	18 weeks	100%	Social insurance

Fuente: Informe de la OIT titulado “Working Conditions Laws Database”, 2012.

Se traduce información para mayor claridad.

Tabla 6. Duración de la licencia de maternidad por país, 2012.

País	Duración del permiso de maternidad en legislación nacional	Duración del permiso de maternidad en semanas	Beneficios de licencia de maternidad	Fuente de beneficios de la licencia de maternidad
Antigua y Barbuda	13 semanas	13 semanas	60%	Seguro social
Argentina	90 días	13 semanas	100%	Seguro social
Bahamas	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social
Barbados	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social
Belice	14 semanas	14 semanas	100%	Seguro social
Bolivia	60 días	9 semanas	100%	Seguro social
Brasil	120 días	17 semanas	100%	Seguro social
Canadá	17 semanas	17 semanas	55%	Seguro social
Chile	18 semanas	18 semanas	100%	Seguro social
Colombia	14 semanas	14 semanas	100%	Seguro social
Costa Rica	4 meses	17 semanas	100%	Seguro social
Cuba	18 semanas	18 semanas	100%	Seguro social
Dominica	12 semanas	12 semanas	60%	Seguro social
República dominicana	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social

Ecuador	12 semanas	12 semanas	100%	Mixto: Seguro social y empleador
El salvador	12 semanas	12 semanas	75%	Empleador
Granada	3 meses	13 semanas	100% en los dos primeros meses y 65% el resto de periodo de protección	Empleador y Seguro social.
Guatemala	84 días	12 semanas	100%	Mixto: Seguro social y empleador
Guayana	13 semanas	13 semanas	70%	Seguro social
Haití	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social
Honduras	10 semanas	10 semanas	100%	Mixto: Seguro social y empleador
Jamaica	12 semanas	12 semanas	100%	Empleador
México	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social
Nicaragua	12 semanas	12 semanas	100%	Mixto: Seguro social y empleador

Panamá	14 semanas	14 semanas	100%	Mixto: Seguro social y empleador
Paraguay	12 semanas	12 semanas	50%	Seguro social
Perú	90 días	13 semanas	100%	Seguro social
San Cristóbal y nieves	13 semanas	13 semanas	65%	Seguro social
Santa Lucia	3 meses	13 semanas	65%	Seguro social
San Vicente y Granadinas	13 semanas	13 semanas	65%	Seguro social
Trinidad y Tobago	13 semanas	13 semanas	100%	Seguro social
Estados Unidos	12 semanas	12 semanas	No pagado	Ningún programa nacional
Uruguay	12 semanas	12 semanas	100%	Seguro social
Venezuela	18 semanas	18 semanas	100%	Seguro social

Fuente: Informe de la OIT titulado “Working conditions Laws Database”.

Traducción elaborada por el autor.

Pese a la ausencia de garantías para estos sujetos que por su condición de vulnerabilidad deberían tener tratamiento garantista, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida el 28 de mayo de 2015 con Magistrada ponente Clara

Dueñas Quevedo, Radicación No. 46731, impone a la mujer embarazada la obligación de informarle al empleador su condición.

Con el agravante de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 17 de mayo de 2011, Radicación No. 38182, con Magistrado Ponente Jorge Burgos Ruiz, contempla que a partir del periodo comprendido entre el tercer y el sexto mes contados a partir del parto, es decir, periodo importante de lactancia, si es despedida, le corresponde probar si dicha decisión unilateral del empleador fue producto de discriminación en razón del sexo y su estado.

Es allí donde la sociedad colombiana debería preguntarse y discutir alrededor del siguiente planteamiento: ¿Es idónea la regulación actual entorno a la maternidad, dado el evidente estado de vulnerabilidad manifiesta de la mujer embarazada y lactante?

4.2. El fuero maternal en Chile

4.2.1. Concepto y características

Según el Decreto con fuerza de ley numero 1 expedido por el Ministerio del trabajo y previsión social del 31 de julio de 2002 en su artículo 201 “Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174¹²” brindándole inamovilidad laboral relativa, es decir, no podrá ser

¹² Art. 174 “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160. El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de

despedida en dicho termino sin autorización previa y justificada legalmente del juez competente a razón de su estado de vulnerabilidad temporal.

Agregando que en el evento de ser una trabajadora aforada despedida, el artículo 201 ibídem, define que dicha medida quedara sin efectos; sin embargo la trabajadora cuenta con un término de sesenta días para presentarse ante el empleador con certificado médico o matrona para ser reincorporado en las labores.

4.2.2. Alcances del fuero maternal

Según providencia del 25 de junio de 2009, RIC 1276-2009, caratulada “Susana Margarita Troncoso Capilla con Inmobiliaria Lomas de San Andrés Limitada”, N° Legal Publishing: 42238 desarrolla que el embarazo debe surgir en el desarrollo del contrato laboral vigente o antes de ser contratada¹³ e independientemente de la naturaleza contractual sea a plazo, por obra o faena, el juez competente puede autorizar el despido.

Existen pronunciamientos en donde esa discrecionalidad del operador jurídico se emplea para proteger a la mujer en condición de vulnerabilidad, tales como el Fallo de la Corte Suprema del 12 de agosto de 2009, Rol 3999-2009, caratulada Calama Store CO S.A. con Anisia Marianella Puca Reyes, Legal Publishing: 42460 en donde se considera que “El legislador otorga al juez una facultad, esto es, el poder o derecho discrecional para hacer alguna cosa, la que puede y debe ejercer, en plenitud, sin que baste al efecto, la simple comprobación mecánica de una

sus funciones. de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.

¹³ Basado en el informe Chile, M. d. (2010). *Estudios laborales. Unidad de defensa laboral. Desafuero Maternal - Analisis jurisprudencial.*

situación de hecho, siendo imprescindible la armónica conjugación de todos los elementos de juicio que hayan sido puestos a su disposición por las partes, ello por cuanto en un proceso de desafuero se encuentran comprometidos valores y objetivos adicionales a los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple”¹⁴.

Situación que complementa el fallo proferido por la Corte de apelaciones de Santiago el 8 de mayo de 2007, Rol4091-2007, caratulado “Claudio Salas y Compañía Limitada con Carolina Paz Sánchez Guajardo”, N° Legal Publishing: 38992, al explicar que “La protección a la maternidad contemplada en nuestra legislación laboral (Título II del Libro II del Código del ramo), es expresión de principios y derechos ampliamente valorados en nuestra sociedad y que se encuentran garantizados en la Constitución Política del Estado. En efecto, la Constitución no sólo declara o reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, sino que obliga al Estado, a darle protección y propender a su fortalecimiento y a la ley, a proteger la vida del que está por nacer”¹⁵.

A su vez, la corte ha manejado una segunda tesis justificada en el cumplimiento de disposiciones constitucionales e internacionales como el fallo de la Corte de apelaciones de Santiago del 8 de mayo de 2007, Rol4091-2007, caratulado “Claudio Salas y Compañía Limitada con Carolina Paz Sánchez, el cual manifiesta que “La protección a la maternidad contemplada en nuestra legislación laboral (Título II del Libro II del Código del ramo), es expresión de principios y derechos ampliamente valorados en nuestra sociedad, y que se encuentran garantizados en la Constitución Política del Estado.

En efecto, la Constitución no sólo declara o reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, sino que obliga al Estado a darle protección y

¹⁴Basado en el informe Chile, M. d. (2010). *Estudios laborales. Unidad de defensa laboral. Desafuero Maternal - Análisis jurisprudencial.*

¹⁵Basado en el informe Chile, M. d. (2010). *Estudios laborales. Unidad de defensa laboral. Desafuero Maternal - Análisis jurisprudencial.*

propender a su fortalecimiento, y a la ley a proteger la vida del que está por nacer. En términos similares se expresan algunos tratados internacionales que reconocen en la familia “el elemento natural de la sociedad y establecen que se le debe conceder la más amplia protección y asistencia posibles, así como especial protección a las madres, durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, durante el cual habrá de concedérseles “licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”¹⁶.

Todo esto, para concluir que pese a que el legislador dio discrecionalidad al juez, a la hora de ejercer el empleador la acción de desfuero maternal, la mayoría de pronunciamientos favorecen al eslabón débil, a la mujer embarazada o lactante.

¹⁶Basado en el informe Chile, M. d. (2010). *Estudios laborales. Unidad de defensa laboral. Desafuero Maternal - Análisis jurisprudencial.*

5. CONCLUSIONES

Conclusiones

Con el principio de progresividad que rige no solo al Derecho Laboral sino al Ordenamiento Jurídico Colombiano en general, todas las regulaciones y fallos de las Altas Cortes con el transcurso del tiempo garantizan la protección derechos fundamentales tales como el mínimo vital, acceso a la seguridad social y una vida en condiciones dignas, en especial los de sujetos con alta vulnerabilidad como la mujer embarazada, lactante y del menor.

Sin embargo, la incongruencia entre el deber ser y el ser es el común denominador en las últimas jurisprudencias que desarrollan el fuero de maternidad de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y de la Corte Constitucional. Para demostrar dicha premisa se debe tomar como núcleo central de análisis la Sentencia T 095 de 2008.

En este fallo la tesis principal de la Corte Constitucional es que la protección conferida al fuero de maternidad no se puede limitar al conocimiento del empleador del estado de embarazo, ni mucho menos el tipo de contrato, pues esta restricción obstaculiza la protección amplia brindada Constitucionalmente, colocando en situación de indefensión a la mujer embarazada o lactante.

Pese al desarrollo presentado en la jurisprudencia anterior, por un lado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia proferida el 28 de mayo de 2015 con Magistrada ponente Clara Dueñas Quevedo, Radicación No. 46731, impone a la mujer embarazada aportar los documentos necesarios para probar el real conocimiento del empleador.

Por otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia T 656 de 2014 si bien no desconoce la protección ante la ausencia de conocimiento, si le brinda unas garantías menores.

Siguiendo los patrones del deber ser, todas estas limitaciones materializan la primacía de la forma sobre la esencia de la norma, violando de manera flagrante la Constitución y el principio de progresividad del Derecho Laboral colombiano desarrollado ampliamente por la Sentencia C 428 de 2009.

Colombia en su legislación sobre el fuero de maternidad debería acoger las garantías jurídicas chilenas, ampliando el periodo de estabilidad laboral reforzada a un año, configurando un verdadero goce efectivo de derechos fundamentales no solo de la madre sino del menor.

BIBLIOGRAFÍA

OIT, (2012) Informe titulado “Working Conditions Laws Database”.

Boada, N (2015) De la estabilidad laboral reforzada: un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho. Universidad católica de Colombia.

Castro, O y Caballero L (2013) Nivel de protección jurídica laboral a la mujer en Colombia.

Chile, M. d. (2010). *Estudios laborales. Unidad de defensa laboral. Desafuero Maternal - Analisis jurisprudencial.*

López Medina, D.E. (2009) *El derecho de los jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial.*

Fuero de maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. 2002 Universidad del norte

Ginebra., O. i. (2010). *Maternidad en el trabajo. Examen de legislación nacional. Resultado base de datos de la OIT sobre leyes relacionadas sobre trabajo y empleo.* Ginebra.

Hoyos, J. G. (2002). *El fuero laboral constitucional*. Bogota: Universidad pontificia Javeriana.

Monsalve, G. A. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Colombia: Legis.

Bernal Pulido, C. (2006). *El precedente en Colombia*.

2005 *Mujer, maternidad y trabajo en Colombia. Evolución legislativa y jurisprudencial*

Sentencia unificada 07'0 de 2013 Corte constitucional

.