

1200000 - **220192**

Bogotá D.C. **17 NOV. 2015**

ASUNTO: Laboral individual- Finalización de contrato de trabajadora en estado de embarazo y el empleador no conocía de tal circunstancia

Respetado(a) señor(a):

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual nos consulta sobre finalización del contrato de trabajadora en estado de embarazo cuando el empleador no conocía esta circunstancia, para lo cual le indicamos lo siguiente:

En primer lugar, le indicamos que una de las funciones de esta Oficina es la de absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas de la legislación colombiana sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal, por tal razón la respuesta a su solicitud se dará en tal sentido.

Al respecto se observa oportuno acudir a lo manifestado recientemente por la Corte Constitucional, la cual, mediante sentencia de unificación SU 070 de 2013, efectuó un análisis extensivo en aras de contar con una posición clara y uniforme frente a la protección a la maternidad, en atención a los distintos tipos de vinculación en que podría encontrarse la madre, y si esta conocía o no el estado de embarazo en el momento de su desvinculación laboral. Señalado lo anterior frente al caso puntual por usted expuesto el Tribunal Constitucional manifestó:

“(…)

5.3.2 Alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo

46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listarán a continuación las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:

- *Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: **a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.** De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o*

contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)

2. Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante **CONTRATO A TÉRMINO FIJO**.

2.1 Cuando el empleador **conoce en desarrollo** de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

2.1.1 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 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.

2.1.2 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 objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T.

2.2 Cuando el empleador **NO** conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas:

2.2.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa.

2.2.2 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

2.2.3 Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría 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, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado. “

Conforme a lo señalado se considera mediante la posición unificada de la Corte Constitucional que se cita anteriormente, que en aquellos casos en los cuales la trabajadora se encontraba vinculada mediante contrato de trabajo, fue desvinculada en atención a una justa causa, y conoció de su estado de embarazo una vez finalizado el vínculo contractual, la madre ex trabajadora tendrá derecho como mínimo al reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación, y frente a una eventual discusión sobre la configuración de la justa causa del despido, se deberá alegar ante el juez ordinario laboral.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Karen D. 30/10/15