

# DESPIDO POR EMBARAZO

**LA PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR EMBARAZO NO ES EXTENSIBLE A PERMISOS REMUNERADOS PARA LACTANCIA**



En lo que respecta a la aplicabilidad y vigencia de la estabilidad laboral reforzada para la mujer en licencia de maternidad y en periodo de lactancia, nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo que menciona:

“(...) Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1 ° de la Ley 1822 de 2017.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.
3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

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

## 4

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono 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 periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:



**a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.**

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

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

---

En ese mismo sentido, el Legislador determinó la protección bajo el fuero y estabilidad laboral reforzada de la trabajadora que se convierte en madre conforme lo indicado en el artículo 241 del Código sustantivo del Trabajo que menciona:

“(…) ARTICULO 241. Nulidad del despido

“1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

“2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas.(…)” Subrayado, negrilla y cursiva fuera del texto.

---

El pasado 31 de julio de 2023, entró en vigor la ley 2306 de 2023 mediante la cual con su artículo 6 modificó el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, al extender la protección de la madre lactante hasta los 2 años de edad de su hijo menor, siempre y cuando se soporte la continuidad en el ejercicio de la lactancia, además de tener la obligación de propiciar lugares para esta actividad:



“(…) ARTÍCULO 6. Modifíquese el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo el cual quedará así:

ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.  
**El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) 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 (ó) meses de edad, y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad de/ menor: siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua.**

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

Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior. (...)” Subrayado, negrilla y cursiva.

Lo anterior, decantado con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia cabeza de los asuntos Laborales en sentencia SL 4638 de 2021 en la cual describe el ejercicio dinámico de la carga de la prueba que, durante el periodo de lactancia le correspondería a la trabajadora, lo cual hace en los siguientes términos:

“Esto quiere decir que, si se produce el despido en este período, es la madre trabajadora quien debe probar que el finiquito contractual obedece o se relaciona con la maternidad. Esta postura también es acogida por la la Corte Constitucional a través de la sentencia CC SU-075 de 2018 en la que se señaló:

La regulación legal del fuero de maternidad contempla varias medidas orientadas a garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres. No obstante, la Sala estima necesario llevar a cabo dos precisiones sobre esta materia.

**En primer lugar, que el fuero de maternidad no constituye una “patente de corso” para mantenerse en el empleo, en la medida en que, cuando exista una justa causa de terminación del contrato, la trabajadora puede ser desvinculada siempre y cuando medie autorización del inspector del Trabajo o del alcalde municipal. Así las cosas, no se trata de una prohibición absoluta de terminación del contrato sino que, debido a las particulares condiciones de la mujer gestante o lactante, se impone una formalidad adicional, consistente en el requisito de acudir al Ministerio del Trabajo.**

En segundo lugar, es importante señalar que el fuero de maternidad se extiende desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el periodo de lactancia previsto en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha distinguido entre la presunción de desvinculación en razón del embarazo (prevista en el numeral 1° del artículo 239 del CST) y la extensión de la garantía de ineficacia del despido (contenida en el artículo 241 del CST).

En tal sentido, la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de gravidez únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los cuatro meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador pueda desvincular injustamente a una trabajadora al inicio del quinto mes posterior al parto, cuando ha culminado el término de su licencia de maternidad. Por el contrario, lo que ocurre es que desaparece la presunción de que el despido fue motivado en el embarazo.

De este modo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia explicó que “en el segundo trimestre posterior al parto, y por efecto del uso de los períodos de descanso por lactancia, permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, pero la distribución de la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido se rige por la fórmula ecuménica del artículo 177 del CPC (...), hoy prevista por el artículo 167 del CGP”. En esta medida, se aplica la regla general según la cual incumbe al demandante probar aquello que alega.

Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el cuarto mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene. Así, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 del CST, pese a que no es aplicable la presunción de despido por causa del embarazo.

En consecuencia, el fuero de maternidad desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes y se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación (resalta la Sala).

Ocurre entonces una inversión de la carga de la prueba en la presunción cuando el despido ocurre durante este período en el que se busca cumplir el desarrollo de la lactancia por parte de la trabajadora. Así, la presunción ahora se desplaza en favor del empleador, de manera que es a la trabajadora a quien le corresponde probar que el despido fue motivado en un acto de discriminación o como consecuencia de su estado de maternidad.

Pero, ¿cómo podría la madre trabajadora que es despedida demostrar el móvil del despido? Precisamente cuando la terminación del contrato no se corresponde con alguna de las causas que el legislador ha establecido como justas, debe entenderse que dicha decisión vulnera la protección legislativa internacional y nacional atribuida a la mujer durante este período.

Aceptar lo contrario sería olvidar que la madre trabajadora en la época de la lactancia goza de una estabilidad y que por esa razón, no se encuentra en el mismo plano de otros empleados y empleadas a quienes puede terminárseles su contrato de trabajo sin justa causa, pagando la correspondiente indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo.. (...).” Subrayado, negrilla y cursiva fuera del texto.

**EN ESTE SENTIDO, Y TENIENDO EN CUENTA QUE LA TERMINACIÓN SE PRODUCIRÍA POR CAUSA O CON OCASIÓN AL VENCIMIENTO DE LA OBRA O LABOR DESARROLLADA, NO PUEDE PRESUMIRSE QUE EL MISMO SE ORIGINÓ COMO CONSECUENCIA DEL PARTO, Y CUMPLIDA LA PRESUNCIÓN DE ESTABILIDAD EN LOS 4 PRIMEROS MESES DE VIDA DEL MENOR HIJO DE LA TRABAJADORA, SE ESTABLECE QUE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO ADOLECE A MOTIVOS DIFERENTES AL ESTADO DE LACTANCIA.**



# CONTACTO

## **DIRECCIÓN**

Calle 127 14-54

## **NÚMERO TELEFÓNICO**

(601) 310 0849

310 601 1748

## **CORREO ELECTRÓNICO**

radicacion@fyalegal.com

## **WHATSAPP**

321 381 8127

## **SIGUENOS**

@fyalegal

