

Bogotá D.C, Colombia, 13 de diciembre de 2023

08SE2023120300000068155

Señora

Bogotá D.C
E-mail:

ASUNTO: Respuesta Radicado N° 02EE2023410600000058834 Estabilidad Laboral Reforzada en Periodo de Lactancia con Ley 2306 de 2023

Respetada Señora, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto del fuero de estabilidad laboral reforzada durante el periodo de lactancia con aplicación de la Ley 2306 de 2023, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones.

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, "*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo* ", esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Frente al caso en concreto:

En principio, la Ley 2306 de 2023 tiene como finalidad promover la lactancia materna, a través de apoyo a la maternidad y a la primera infancia, reconociendo el derecho de las mujeres de amamantar a sus hijos en espacio público sin discriminación alguna, por lo cual se adoptan medidas entre las cuales se resalta la modificación del artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo quedando de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

1. 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 (6) 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.

2. 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.

3. 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.

4. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior". (Resaltado fuera de texto)

En este sentido, con la expedición de la citada norma, el legislador busco modificar el artículo 238 del C.S del T y de la S.S., ampliando el periodo de lactancia, bajo el cual, el empleador deberá conceder dos (2) descansos de treinta (30) minutos cada uno diariamente en forma remunerada dentro de la jornada laboral para amamantar a su hijo durante los primeros seis (6) 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 del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua.

Ahora bien, es de anotar que la mujer trabajadora en estado de embarazo y después del parto goza por mandato Constitucional y Legal, de una estabilidad laboral reforzada, bajo el cual se protege e impide que sea despedida, sin el respectivo permiso del Ministerio del Trabajo de conformidad con el artículo 239, 240 Y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social que señalan:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. *Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.*

4. *En el caso de la mujer trabajadora, además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término."*

"ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. <Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas 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. La misma autorización se requerirá para despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, adjuntando prueba que así lo acredite o que se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud.”

"ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El empleador 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 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.”
(Resaltado Fuera de texto).

Por su parte, en sentencia de la corte constitucional SU-075 de 2018 se consideró respecto del fuero lo siguiente:

"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, durante las semanas siguientes a dicho periodo, mientras la trabajadora goce de la licencia de maternidad (que asciende a las 18 semanas) y en el término de la lactancia, se conserva la garantía de estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 241 de C.S. del T y de la S.S., pese a que no es aplicable la presunción de despido por causal de embarazo”.

De conformidad con las citadas normas y jurisprudencia, se entiende que existiría la presunción de despido por estado de embarazo, durante el goce de la licencia de maternidad que equivale a las (18) semanas posteriores al parto y en el término de la lactancia en donde si bien existe una protección, no le es aplicable dicha presunción, motivo por el cual la trabajadora deberá demostrar ante la autoridad competente que dicho despido fue dado a causa de su embarazo o lactancia.

Al respecto, es dable señalar lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional, la cual se pronunció frente al tema e indico en Sentencia SU-075 de 2018 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. (Resaltado fuera de texto)

No obstante, obsérvese que la presunción del artículo 239 del CST no cobija los descansos remunerados a que hace referencia el artículo 241 del CST, lo que trae como consecuencia directa que, en caso de que el empleador despida a la trabajadora que se encuentre disfrutando de los dos periodos diarios de treinta (30) minutos cada uno, o durante un único periodo del mismo tiempo, según sea el caso, en el transcurso de la jornada laboral tal y como lo confiere la ley, no se presumirá que dicho despido fue discriminatorio, es decir, que tuvo como origen la condición de lactante de la madre, sino que será esta última quien deberá probar dicha situación para que al despido se le resten los efectos surtidos.

En este sentido, se observa que el fuero de maternidad es una protección constitucional del cual gozan las trabajadoras que se encuentran en estado de embarazo y el periodo de lactancia de no ser despedidas, ni las condiciones de trabajo desmejoradas sin previa autorización del Inspector de Trabajo.

En conclusión, con la entrada en vigencia de la Ley 2306 de 2023, se tiene que el despido posterior a las dieciocho (18) semanas siguientes al parto, no implica la presunción de despido discriminatorio. En esta hipótesis será la Madre – Trabajadora la que deberá acreditar que fue despedida con ocasión de estar gozando del permiso de lactancia (SL3733-2018. SCL, rad 53.384 y Rad 17193 del 10 de julio de 2002. SCL)

De manera adicional es pertinente indicar que la puesta en marcha de la Ley 2603 de 2023 no implica una extensión automática del fuero de maternidad. En efecto, las trabajadoras gozarán del descanso remunerado de lactancia durante los dos (2) primeros años de vida del menor “...siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua” la que deberá acreditar la Madre Trabajadora con los respectivos certificados médicos.

Sin embargo, esta oficina deja claridad, que el Ministerio del Trabajo no tiene dentro de sus competencias interpretar las normas y menos, acudir a los criterios auxiliares de interpretación de la ley pues ese ejercicio es meramente judicial.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° 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.

Atentamente,

(FIRMADO EN EL ORIGINAL)

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró:

D. Segura
Cargo: Contratista
Grupo de Atención de Consultas en
Materia Laboral

Revisó:

J. Muños Piñarete
Inspector de Trabajo
Grupo de Atención de Consultas en
Materia Laboral
Oficina Asesora Jurídica

Aprobó:

Marisol Porras M
Profesional Especializado
Coordinadora
Grupo de Atención de Consultas en
Materia Laboral
Oficina Asesora Jurídica