

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2021

Honorable Representante

JUAN DIEGO ECHAVARRÍA SÁNCHEZ

Presidente Comisión Séptima Constitucional Permanente.

Cámara de Representantes.

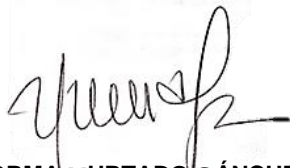
E. S. D.

Asunto: Informe de Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara – 188 de 2019 Senado.

Apreciado Señor Presidente.

En cumplimiento del honroso encargo que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes el pasado 26 de mayo de 2021, y en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 5ª de 1992 art. 150, 153 y 156, en nuestra calidad de ponentes, nos permitimos radicar Informe de Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara y 188 de 2019 Senado, “*Por medio de la cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST, con el fin de establecer el fuero de paternidad*” en la Secretaría de la Comisión.

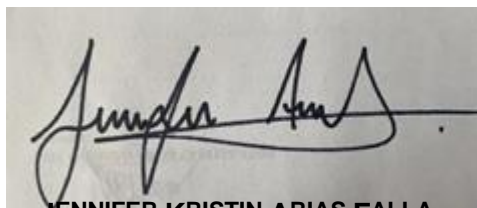
Cordialmente,



NORMA HURTADO SÁNCHEZ
Representante a la Cámara
Coordinadora Ponente



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara
Ponente



JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Representante a la Cámara
Ponente

**PONENCIA:
PARA SEGUNDO DEBATE**

Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara y 188 de 2019 Senado

“Por medio de la cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST, con el fin de establecer el fuero de paternidad”

Palabras clave: Fuero parental, estabilidad laboral, lactancia, embarazo, autorización despido, prohibición despido.

Instituciones clave: Ministerio de Salud y Protección Social; Ministerio de Trabajo.

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente documento es realizar un análisis detallado del Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara y 188 de 2019 Senado (de ahora en adelante, “el Proyecto de Ley”) para determinar la conveniencia de los cambios propuestos al ordenamiento jurídico colombiano. En otras palabras, se busca determinar si el Proyecto de Ley debe continuar su trámite (con o sin modificaciones) en el Congreso de la República o, por el contrario, debe ser archivado.

La presente Ponencia consta de las siguientes secciones:

- Introducción.
- Trámite y Antecedentes.
- Objeto y contenido del Proyecto de Ley.
- Argumentos de la Exposición de Motivos.
- Marco normativo.
- Conceptos Técnicos.
- Consideraciones del ponente.
- Pliego de Modificaciones.
- Conclusión.
- Proposición.
- Texto Propuesto.
- Texto aprobado en Senado de la República.

II. TRÁMITE Y ANTECEDENTES.

El Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara y 188 de 2019 Senado fue radicado el 10 de septiembre de 2019 en la Secretaría General del Senado de la República. Fue publicado en la Gaceta 882 de 2019; la ponencia para primer debate en la Gaceta 1157 de 2019 y la ponencia para segundo debate en la Gaceta 575 de 2020. Son autores del Proyecto los Honorables Senadores Didier Lobo Chinchilla y Fabián Gerardo Castillo Suárez.

Fue aprobado en primer debate el día 19 de junio de 2020 y en segundo debate el 11 de diciembre de la misma anualidad. Posteriormente, el 12 de diciembre de 2020, es remitido a la Cámara de Representantes para la continuación de su trámite, la cual, a su vez, repartió el proyecto de ley en la Comisión Séptima de esta cámara legislativa.

La Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes remitió y notificó el expediente del Proyecto de Ley el día 17 de marzo de 2021 – mediante oficio CSPCP 3.7. 086 - 2021 – por el cual se designó como coordinadora ponente a la Representante a la Cámara Norma Hurtado Sánchez y ponentes a las Representantes a la Cámara Ángela Patricia Sánchez Leal y Jennifer Kristin Arias.

El día 25 de mayo de 2021 la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes debatió y aprobó en primer debate el informe de ponencia, así como el articulado publicado en la Gaceta 301 de 2021. El día 26 de mayo de 2021 la célula legislativa remite la notificación para designación de ponentes a las Representantes Norma Hurtado Sánchez, Ángela Patricia Sánchez y Jennifer Kristin Arias, mediante oficio CSPCP 3.7. 351-2021.

III. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY.

El Proyecto de Ley – que cuenta con 3 artículos– busca aumentar el fuero laboral de maternidad y paternidad a 18 semanas posteriores al parto, situación ya prevista en los artículos 239 y 240 de 2020, a excepción del fuero de paternidad, el cual es introducido a través del presente proyecto de ley.

Busca ampliar el universo de situaciones de protección que deberían comprender los artículos 239 y 240 del CST, a pesar de la insistente incorporación de significados introducidos por la Honorable Corte Constitucional cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa. En últimas, la propuesta busca garantizar la asistencia y protección de la mujer embarazada trabajadora y no trabajadora, así como del que está por nacer o recién nacido.

El texto se divide en 3 artículos: **artículo 1**, modifica los numerales 2 y 3, así como también crea un numeral 5 en el artículo 239 de CST, por los cuales se estipula la ampliación a 18 semanas del fuero de maternidad y, en los mismo términos, se crea el fuero de paternidad del cónyuge de la madre, estableciendo una indemnización para ambos igual 60 días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, si llegasen a ser despedidos sin autorización; **artículo 2**, establece que para poder despedir a los beneficiarios de esta iniciativa, se deberá contar con autorización del inspector de trabajo o, en su defecto, del alcalde municipal; **artículo 3**, vigencia y derogatorias.

IV. ARGUMENTOS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Los principales argumentos esbozados en la Exposición de Motivos del Proyecto, se pueden resumir en las siguientes premisas:

La Constitución de 1991 establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual goza de amplia protección, legal y jurisprudencial. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución Política de 1991¹.

Esta iniciativa está enmarcada en la protección de dicha figura, pues, por un lado, se busca aumentar el fuero de maternidad a 18 semanas posteriores al parto e introducir el fuero de paternidad en la normativa laboral colombiana, garantizando la estabilidad laboral de la mujer durante su licencia de maternidad y la del trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal.

V. MARCO NORMATIVO.

1. MARCO CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de Colombia de 1991 marcó un hito frente a la protección y efectividad de los derechos de las mujeres, y en desarrollo de los principios y valores fundantes del Estado Social de Derecho consagró el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

En el artículo 43 Superior, el constituyente determinó 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 este un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Con ocasión de dicha filosofía y en atención a la función reproductiva exclusiva que tienen las mujeres dentro de la sociedad, fue imprescindible garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres en estados de gestación y lactancia; estados que generan particulares condiciones en sus aspectos físico, fisiológico y en sus entornos laboral y social, y que a su vez, demandan un tratamiento especial y una obligación general y objetiva de protección a cargo del Estado, no solo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres que se encuentren en estado de embarazo y de lactancia.

¹ Artículo 42 Constitución Política de Colombia.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

Así mismo el artículo 53 de la Constitución Política instituyó como garantías la “protección especial a la mujer”, a “la maternidad” y a la “estabilidad en el empleo”. El artículo 13 impuso al Estado la obligación de proteger a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De otro lado, la protección de la maternidad busca garantizar el interés superior del menor, según las disposiciones contenidas en el preámbulo de la Constitución Política y en su artículo 11, que establece la inviolabilidad del derecho a la vida y al ser la mujer en estado de embarazo, gestadora de la vida, es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento.

Múltiples disposiciones de nuestro Ordenamiento Jurídico Constitucional contemplan una protección reforzada de las mujeres embarazadas y lactantes, en atención a la especialidad que reviste su estado, así: el artículo 43 Superior prevé que la mujer “no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Así mismo, el artículo 44 Superior dispone que los niños y niñas son sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se manifiesta en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete; en ese sentido la Corte Constitucional ha sostenido “si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados”². En este orden de ideas, la protección reforzada de las mujeres en estado de embarazo y de lactancia encuentra su sustento en cuatro fundamentos constitucionales, a saber:

- i. la protección general y objetiva de todas las mujeres embarazadas y lactantes;
- ii. la prohibición de discriminación laboral a mujeres en estado de gravidez y lactancia, conocido como fuero de maternidad;
- iii. la inviolabilidad del derecho a la vida y el interés superior del menor y;
- iv. de la familia en la sociedad³.

Siendo así, el constituyente reconoció ampliamente la importancia de proteger a la familia y en específico a la madre gestante, durante el embarazo y posterior al parto.

2. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 53 de 1938 fue la primera norma en Colombia que estableció la protección laboral de la mujer en estado de embarazo, al prohibir su despido por dicho motivo. Posteriormente, los Decretos 1632 de 1938 y 2350 de 1938 establecieron, respectivamente:

² Sentencia Corte Constitucional C-470 de 1997.

³ Sentencia Corte Constitucional C-005 de 2017.

- i. la obligación de solicitar el permiso de un inspector de trabajo para despedir a una mujer embarazada y,
- ii. en caso de no obtener dicha autorización, la presunción de que el despido se había dado por causa del embarazo.

Consecutivamente, el Decreto 2663 de 1950 codificó estas disposiciones en un solo cuerpo normativo y esencialmente fueron reproducidas en el Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 8° de la Ley 73 de 1966 determinó la nulidad del despido que el empleador efectúe durante la licencia de maternidad sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Por su parte, la Ley 50 de 1990, que también modificó el artículo 239 del CST, aumentó el periodo de licencia de maternidad a 12 semanas, extendió las protecciones para la madre y el padre adoptantes que no tuvieran esposa o compañera permanente y amplió el número de semanas de indemnización de despido por embarazo.

Así las cosas, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 239, estableció la prohibición de despedir a las trabajadoras por motivo de embarazo o lactancia; la presunción de que dicho despido se ha efectuado por dicha razón, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades competentes, y las sanciones imponibles en caso de que se vulnere dicha prohibición.

El artículo 240 del mismo estatuto señala que el despido de una mujer en estado de embarazo o lactancia debe ser autorizado por el Inspector de Trabajo o el Alcalde Municipal (en los lugares en los que no exista inspector). De igual forma, dispone que, antes de resolver el asunto, el funcionario debe escuchar a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. La infracción de lo dispuesto en este texto normativo genera la ineficacia del despido, conforme lo establece el artículo 241 del mismo Código Sustantivo del Trabajo. Según dicha disposición, el empleador debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual *“no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionadas”*⁴.

La Ley 1468 de 2011 reformó las normas del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el despido de la mujer embarazada, al añadir el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad si la mujer no la ha disfrutado, con ciertas extensiones en casos de hijos prematuros (caso en el cual tiene derecho al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término) o partos múltiples (evento en el que podrá exigir la extensión de la licencia por dos semanas adicionales) y, además, se introdujeron modificaciones en la sanción, de acuerdo con el tipo de contrato.

⁴ Ibidem.

Recientemente, la Ley 1822 de 2017 extendió la licencia de maternidad a 18 semanas y puntualizó que el despido de la mujer gestante o lactante debe contar con autorización del Ministerio del Trabajo. Igualmente, precisó algunas nociones en relación con el derecho a disfrutar del pago de la licencia de maternidad, pero mantuvo en esencia la regulación prevista anteriormente, por lo que el fuero de maternidad se mantuvo en 3 meses posteriores al parto.

Conforme a las normas internacionales, el Estado colombiano se ha obligado a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y de lactancia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, señala que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*, mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala que *“se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”*. Por su parte, el artículo 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señala que *“los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”*.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) también ha desarrollado en su Constitución misma y en diferentes Convenios un deber fundamental a cargo de los Estados que consiste en promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el mundo laboral.

En este orden de ideas, existen, en nuestro ordenamiento jurídico, numerosas disposiciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial, que buscan garantizar la protección especial y efectiva que la sociedad y el Estado deben prodigar a la mujer en período de gestación y de lactancia, entre las que se destacan, entre otras, las siguientes obligaciones:

- i. cuidado, asistencia, protección especial y no discriminación a la madre durante un lapso razonable antes y después del parto, fecha a partir de la cual dicha cobertura se extiende al recién nacido;
- ii. después del parto a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social;
- iii. el fuero de maternidad;
- iv. los descansos remunerados durante el periodo de lactancia;
- v. para aquellas madres que no gocen de empleo o estén desamparadas el Estado deberá suministrar subsidio alimentario, y
- vi. el Estado deberá garantizar a las madres servicios apropiados durante el periodo de gestación, parto y posparto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

2.1. Fuero de maternidad

Una de las medidas afirmativas que el Ordenamiento Jurídico prevé a favor de las mujeres embarazadas y lactantes es el fuero de maternidad, en el cual materializa el principio de estabilidad en el trabajo, el derecho a la igualdad y el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada.

Como se indicó en el acápite anterior, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección, así:

1. La presunción que cobija a las mujeres durante el embarazo y los 3 meses posteriores al parto es de carácter legal, lo que significa que admite prueba en contrario. Así, 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.
2. La garantía que gozan las mujeres embarazadas y lactantes se extiende, desde el momento en que la trabajadora se encuentra en estado de gestación hasta que culmina el período 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, contenida en el numeral 2 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, y la extensión de la garantía de ineficacia del despido prevista en el artículo 241.

Conforme a la norma vigente entonces la presunción de que la terminación del contrato se debió al estado de embarazo únicamente es aplicable en el período de gestación y dentro de los tres meses posteriores al parto. No obstante, ello no quiere decir que el empleador no pueda desvincular a una trabajadora al inicio del cuarto mes posterior al parto y cuando se encuentra dentro 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.

En este sentido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Magistrado Ponente: Luis Gabriel Miranda Buelvas. 15 de marzo de 2017. SL 4280-2017. Radicación número 49165 manifestó:

“(…) la hermenéutica de la normativa que regula el período de lactancia ha sido suficientemente abordada por la Corte, de donde resulta dable concluir que el contenido normativo de los artículos 239 a 241 del CST distingue el tiempo de protección o amparo de la trabajadora lactante por razón de tal condición o estado, que es de seis meses, del tiempo de presunción del móvil del despido por la dicha condición o estado, que es el equivalente a los tres primeros meses de dicho período.

Tal distinción sirve para dejar claro que la mentada protección obra en favor de la trabajadora lactante con el objeto de garantizar la estabilidad y continuidad del vínculo laboral que le ata

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

al empleador durante el semestre siguiente al parto, de modo que no puede afectarse su ejecución durante tal período por el mero estado o condición de trabajadora lactante, pues de ocurrir ello el despido no puede producir ningún efecto, esto es, la declaración judicial de tal móvil censurable y perverso dará derecho a la trabajadora para ser restituida al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto del despido, siguiendo así las voces del artículo 1746 del Código Civil colombiano.

En tanto, la presunción prevista en el numeral 2 del artículo 239 del mismo CST tiene por objeto relevar a la trabajadora de la carga de probar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto lo fue su condición o estado de lactante, con lo cual traslada al empleador la carga de probar que lo hizo soportado en una de las justas causas establecidas en los artículos 62 y 63 del CST y una vez agotado en debida forma el procedimiento exigido por el artículo 240 ibídem. De forma que, de no derruir el empleador la aludida presunción edificada por el legislador en beneficio de la trabajadora lactante, el despido se tiene por ineficaz con las consecuencias ya señaladas.

Luego, 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, vigente para la época en que se tramitaron las dos instancias del proceso, hoy prevista por el artículo 167 del CGP. (...)."

Por tanto, aunque la presunción según la cual la terminación del contrato se debió a la condición de gestante culmina transcurrido el tercer mes posterior al parto, la protección a la trabajadora lactante se mantiene.

Conforme a la jurisprudencia, durante las semanas siguientes a dicho período, mientras la trabajadora goce de su licencia de maternidad (que asciende a 18 semanas en total) debe extenderse esa protección laboral reforzada, esta es la discrepancia que pretende corregir esta iniciativa legislativa.

En cuanto a derecho comparado, encontramos que también es importante mantener la protección contra el despido con posterioridad al parto. Por ejemplo, el fuero de maternidad dura 30 días en Bélgica y Corea del Sur; 12 semanas en Costa de Marfil y Luxemburgo; 3 meses en Chipre; 16 semanas en Suiza; 4 meses en Austria, Etiopía y Alemania; 5 meses en Brasil; 6 en Hungría; 9 en Laos; 1 año en Afganistán, Angola, Bolivia, Chile, Grecia, Mozambique, Somalia, Venezuela y Vietnam, y 15 meses en Malí y Senegal.

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.

2.1. Fuero de paternidad

Frente a esta figura sus antecedentes derivan del desarrollo de la jurisprudencia constitucional cuyo análisis se relacionó a una omisión por parte del legislador para regular dicha materia.

En su momento la Corte Constitucional en Sentencia Hito C 005 de 2017, revisó la constitucionalidad de los artículos 239 numeral 1 y 249 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social y en su decisión censuró el hecho de que habiendo dos situaciones análogas o jurídicamente comparables como lo son la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia y el trabajador cuya pareja se encuentre en estado de embarazo o lactancia, no se haya dado un trato igual.

De lo anterior, concluyó que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en relación con las precitadas normas del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, indicando que:

“no se puede perder de vista que las demandas por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se pueden limitar hoy a promover una mayor participación femenina en el campo laboral, así como a precaver y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo. Las reivindicaciones hoy en día deben abarcar también al padre trabajador, como titular de derechos específicos en el campo laboral, a vivir más intensamente el cuidado de sus familias, permitiéndole que pueda conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares”.

En ese sentido, esta iniciativa busca precisamente armonizar la vida laboral con la vida familiar y busca lograr ese equilibrio que para el caso en concreto se funda en el interés superior del niño y la garantía plena de la satisfacción de sus derechos, más concretamente, en permitir al recién nacido el ejercicio de todos sus derechos fundamentales, y el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento.

La Corte Constitucional, respecto al significado de la paternidad y su importancia para el desarrollo de la niña o del niño, sostuvo:

“En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar –pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales–, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral”⁵.

⁵ Sentencia Corte Constitucional C-273 de 2003.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

Siendo así en un principio el legislador estableció la licencia de paternidad cuyo objetivo no era otro sino la importancia del acompañamiento del padre en el desarrollo del menor, pero en su momento no se contempló la creación del fuero de paternidad que implica asegurar la manutención económica del menor en las semanas posteriores al parto determinadas por la ley, por lo que en su análisis la Corte Constitucional concluyó que al respecto existía una omisión legislativa, por lo que resolvió:

“Declarar la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido de que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al (la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)”⁶.

Conforme a la anterior decisión, la Corte Constitucional extendió el fuero a los trabajadores que tengan la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de una mujer en período de embarazo, estabilidad laboral que en un principio solo se contempló para las madres de los menores.

Ahora bien, a nivel comparado, en Bolivia se otorga la inamovilidad laboral de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad mientras que en España esta protección está asociada al permiso de paternidad (en 2019 se amplió progresivamente de 5 a 16 semanas) que es la reserva del puesto de trabajo por este periodo y la nulidad del despido de quien se haya reincorporado luego del permiso, siempre que no hubieren transcurrido más de 12 meses desde la fecha de nacimiento del hijo(a).

Por su parte, en Noruega, Islandia y Suecia esta inamovilidad laboral está asociada al ejercicio del uso del permiso parental. Se prohíbe poner término a la relación laboral de un trabajador que ha comunicado con diligencia el uso de su permiso parental, durante el ejercicio del mismo, y por hasta un año en el caso de Noruega⁷.

En nuestro país un primer intento por incorporar el fuero de paternidad en la legislación nacional se dio en el año 2013 mediante el Proyecto de ley número 238 Senado, *por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones*, de autoría del Senador Félix José Valera Ibáñez, el cual fue publicado en la Gaceta del Congreso número 213 del 18 de abril de 2013. La iniciativa, que fue conocida como “Ley José”, fue aprobada en primer debate de las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara de Representantes, pero fue archivada por vencimiento de términos antes de ser debatida en plenaria del Senado.

El 10 de abril del 2019, el Honorable Senador Dídier Lobo Chinchilla presentó el Proyecto de ley número 258 *“por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de*

6 Sentencia C-005 de 2017.

7 Protección a la paternidad: Fuero parental legislación extranjera – Biblioteca Nacional de Chile.

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, y se dictan otras disposiciones”, el cual fue retirado por el autor y presentado nuevamente el pasado 10 de septiembre de 2019 por los Honorables Senadores Didier Lobo Chinchilla y Fabián Gerardo Castillo Suárez, con un articulado idéntico al presentado en el año 2013.

VI. CONCEPTOS TÉCNICOS

El H.S. Carlos Fernando Mota Solarte, ponente de la iniciativa en el Senado de la República, solicitó concepto técnico ante el Ministerio de Trabajo con el propósito de establecer una posición más clara e institucionalizada frente al proyecto de ley. Dicha cartera rindió respuesta 11 de diciembre de 2019 en los siguientes términos:

“El presente proyecto de ley busca ampliar el fuero de maternidad hasta seis (6) meses después del parto; prohibir el despido de todo trabajador cuyo cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentra en estado de embarazo y no tenga un empleo formal; el fuero de paternidad cobijará al padre dentro de los seis (6) meses posteriores al parto de la cónyuge, pareja o compañera; y establece que el empleador requerirá la autorización del inspector de trabajo y sólo podrá concederse la autorización de despido por las causas de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de no mediar autorización, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario, indemnizaciones y prestaciones a las que haya lugar.

Si bien el proyecto intenta desarrollar la jurisprudencia constitucional sobre el fuero de maternidad extendido al cónyuge o compañero permanente, el mismo es inconveniente dado que no integra la jurisprudencia desarrollada sobre el tema, esto es, la Sentencia C-007 de 2017, en el entendido de que tal beneficio es para el (la) cónyuge o compañero(a) permanente cuya pareja se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentre sin trabajo y esté embarazada o en lactancia.

Es importante tener presente para la elaboración de esta propuesta legislativa, las responsabilidades y competencias de los actores que intervendrían en la extensión de la licencia; adicionalmente, los costos que representan para el empleador y para el sistema de Seguridad Social, en contraste con los beneficios que se obtendrían para los trabajadores y sus correspondientes familias.

Adicionalmente, en consideración a que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los beneficios de la licencia en la época del parto y el artículo 239 (prohibición de despido), no excluyen a los trabajadores del sector público se requiere un análisis de impacto fiscal y viabilidad financiera”.

Posteriormente, se consultó con el Ministerio de Trabajo acerca de la conveniencia de la iniciativa, estando a la fecha en espera de la notificación.

VII. CONSIDERACIONES DE LAS PONENTES.

De acuerdo a lo establecido en la Sentencia C-005 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, las suscritas ponentes consideran que la medida aquí presentada protege a la mujer por su condición de tal, por ser portadora de vida, integrante de la familia, por ser quien protege y asiste al niño o niña que está por nacer o recién nacido. Asimismo, mediante la prohibición del despido de la madre o su cónyuge, durante el período de embarazo o lactancia, complementa en gran medida el objetivo de proteger al que está por nacer o al recién nacido.

De igual manera, se espera que, en conjunto al Gobierno nacional, el Congreso de la República logre expedir esta iniciativa como Ley de la República, dado que es obligación del Estado brindar asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y en la lactancia, sin que pueda exigir para el goce de este derecho requisito alguno. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de brindar la asistencia y la protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo como también, a la mujer embarazada no trabajadora que depende económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a).

A través de la jurisprudencia, se ha concluido frente a la protección reforzada de la mujer gestante o lactante, así:

- i. El Estado tiene la obligación de proteger a la mujer en estado de embarazo y durante la etapa de lactancia (Art. 43 C.P.), dicha protección aplica sin distinción y no depende de requisito alguno, tal como el que la mujer trabaje o no;
- ii. El Estado tiene la obligación de proteger a la mujer en estado de embarazo y durante la etapa de lactancia (Art. 43 C.P.), dicha protección aplica sin distinción y no depende de requisito alguno, tal como el que la mujer trabaje o no;
- iii. La protección especial a la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional (Arts. 11 y 44 C.P.);
- iv. El especial cuidado a la mujer gestante y a la maternidad se justifica por la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano (Arts. 5º y 42 C.P.).

Las disposiciones acusadas no se materializan en regulaciones concretas que protejan a las mujeres no trabajadoras que dependan económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) –situación que estaría afectando el sustento y acceso a la seguridad social de la mujer embarazada y del menor por nacer, o de la mujer lactante y de su hijo-; razón por la que (iv) la protección debe hacerse extensiva a la mujer embarazada no trabajadora que dependa económicamente de su cónyuge o compañero(a) permanente, así como a este mismo.

Uno de los argumentos extendidos por la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) en concepto reseñado por la Sentencia C-005 de 2017, *“que extender el fuero de maternidad en consideración a hechos diferentes al embarazo y al parto es crear un nuevo fuero laboral, y*

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

*ello corresponde exclusivamente al legislador”. A continuación, indica que “el legislador nada ha dicho en relación con la **dependencia económica de la mujer** que está en embarazo o que dio a luz respecto de un tercero. Hay, por tanto, una omisión legislativa absoluta”. (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Cabe agregar que las opciones vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano para el acceso a la protección de la mujer lactante o embarazada no vinculada formalmente a un trabajo y en condición de dependiente de su cónyuge, requiere el sorteo de múltiples requisitos y condiciones que no siempre son concurrentes e implican un desgaste tramitológico que no siempre resulta ser exitoso, opciones que contrastan con una solución sencilla que le es dada al legislador, la cual consiste en otorgar el fuero de paternidad al cónyuge de la madre.

Tales opciones vigentes a la del fuero de paternidad son:

1. Subsidio alimentario (*artículo 43 Superior*).
2. Madre beneficiaria de un cotizante diferente que puede llegar hasta el tercer grado de consanguinidad (*artículo 218 de la Ley 1753 de 2015*).
3. Protección como trabajador cesante (*Ley 1636 de 2013 y Capítulo 1 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015*).
4. Período de protección laboral que permite a trabajadores y al núcleo familiar acceder a servicios de salud hasta por un período de entre 1 y 3 meses una vez terminada la vinculación, de acuerdo a la duración previa de la afiliación (*artículo 2.1.8.1 del Decreto 780 de 2016*).
5. Madres como cotizantes independientes o dependientes del cotizante independiente del cual son beneficiarias, si tienen capacidad del pago.
6. Madre como beneficiaria de sus progenitores.
7. Solicitar afiliación al régimen subsidiado en salud, si cumplen con el puntaje de Sisbén establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social.
8. Acudir a la red pública de servicios de salud para solicitar atención como población pobre no vinculada, como última y urgida instancia.

Ahora bien, la iniciativa propende por una completa igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito familiar y laboral. De tal manera que el hombre pueda disfrutar de garantías familiares autónomas y no derivadas de las que posee la mujer, con una completa armonía entre lo laboral y lo familiar. Constituyendo entonces, un paso en la búsqueda de conciliar los ámbitos laboral y familiar entre hombres y mujeres.

En conclusión, la creación del fuero de paternidad se propone con base a: (i) la estabilidad laboral reforzada paternal no solamente protege el trabajo de la mujer embarazada sino también el interés superior del niño o niña por nacer y en sus primeros meses de vida; (ii) auspicia un avance en materia de igualdad entre hombres y mujeres en los ámbitos familiar y laboral, permitiendo que el hombre pueda disfrutar de garantías laborales y familiares autónomas (por su condición de padre), y no derivadas de las que posee la mujer; (iii)

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

contribuye a minimizar la discriminación contra la mujer a la hora de contratar; (iv) apoya el criterio de beneficio y no en el de dependencia económica; (v) existe un vacío normativo en cuanto a la protección de la mujer embarazada o lactante que depende económicamente de su pareja.

VIII. PLIEGO DE MODIFICACIONES.

Esta ponencia no contiene pliego de modificaciones.

IX. CONCLUSIÓN.

En nuestra opinión, el Proyecto de Ley bajo estudio debe continuar su trámite en el Congreso de la República, por las consideraciones expuestas en el aparte anterior.


X. PROPOSICIÓN.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y argumentos, en el marco de la Constitución Política y la Ley, proponemos a los Honorables Representantes de la Plenaria de la Cámara de Representantes **dar segundo debate** al Proyecto de Ley No. 502 de 2020 Cámara y 188 de 2019 Senado, “*Por medio de la cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST, con el fin de establecer el fuero de paternidad*”, conforme al texto propuesto para segundo debate.

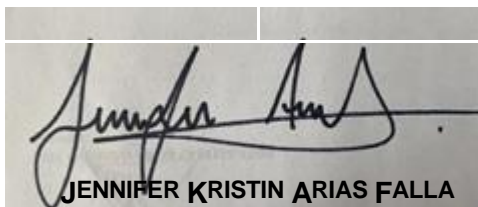
Con toda atención,



NORMA HURTADO SÁNCHEZ
Representante a la Cámara
Coordinadora Ponente



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara
Ponente



JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Representante a la Cámara
Ponente

XI. TEXTO PROPUESTO

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NO. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 239 Y 240 DEL CST, CON
EL FIN DE ESTABLECER EL FUERO DE PATERNIDAD”**

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

“Por medio de la cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST, con el fin de establecer el fuero de paternidad”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquense los numerales 2 y 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y adiciónese 1 numeral nuevo, así:

“Artículo 239. Prohibición de despido.

- 1. 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 el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.*
- 3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.*

Esta misma indemnización se aplicará en el caso del despido de un trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal, 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 que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. 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.*
- 5. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y*

PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE:

PROYECTO DE LEY No. 502 DE 2020 CÁMARA Y 188 DE 2019 SENADO

no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes”.

Artículo 2°. Modifíquese el numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

“

1. *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. El despido efectuado en las anteriores circunstancias sin la autorización previa de la oficina de Trabajo o el Alcalde Municipal que lo autorice no producirá ningún efecto”*

Artículo 3°. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

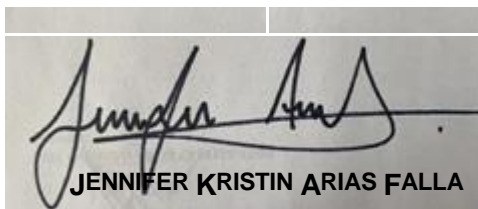
Con toda atención,



NORMA HURTADO SÁNCHEZ
Representante a la Cámara
Coordinadora Ponente



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara
Ponente



JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Representante a la Cámara
Ponente