



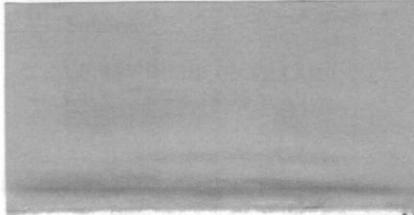
MinTrabajo
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

1200000
Bogotá,

165466

21 AGO. 2013



**ASUNTO: Respuesta a consulta radicada bajo
No. 7977-79832. DOCENTE EN EMBARAZO Y
DESPIDO POR JUSTA CAUSA**

Señora Deissy

Damos respuesta a su solicitud de conceptos reiterados radicados con los números del asunto, mediante la cual consulta si es legal cancelar el contrato de trabajo de una docente en estado de embarazo por el cierre de un ciclo escolar y sobre el posible despido de dos trabajadores a causa de su relación extra matrimonial.

Se procede en los siguientes términos:

De la competencia del Ministerio del Trabajo

Inicialmente, resulta pertinente indicarle respetuosamente que este Ministerio no es competente para declarar derechos ni dirimir las diversas controversias que se presentan en las relaciones de los particulares, pues tales declaraciones resultan ser de competencia exclusiva de la Rama Judicial del poder público a través del Juez competente, de conformidad con lo descrito en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), el cual consagra:

"ATRIBUCIONES Y SANCIONES. <Artículo subrogado por el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

*(...) Dichos funcionarios – del Ministerio del Trabajo - **no quedan facultados**, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque si para*

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



actuar en esos casos como conciliadores." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Por lo anterior, se le informa que ésta Entidad no puede decidir o definir la situación particular que se plantea en su consulta, sin embargo, con el fin de orientarla, a continuación se le presentan las siguientes consideraciones:

En materia de docentes de establecimientos educativos privados, el Código Sustantivo del Trabajo consagra en el Capítulo V la protección especial contemplada para las trabajadoras embarazadas o en lactancia, la cual consiste en la prohibición de despedirlas sin la autorización del Inspector del Trabajo.

En efecto, el Artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, el cual modificó el Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, señaló lo siguiente:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
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".

De la misma manera, el Artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

"ARTÍCULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector de trabajo, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario.

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 – 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



MinTrabajo
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumera en los artículos 62 y 63. Antes de resolver el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.

3. Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el inspector del trabajo residente en el lugar más cercano."

Ahora bien, en tratándose de contratos de trabajo a término fijo, la Corte Constitucional en la Sentencia T - 326 del 18 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, manifestó:

"(...) 9. En tales circunstancias, la Sala considera que la respuesta al anterior interrogante es negativa. Así pues, el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones, "a éste se le deberá garantizar su renovación". Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen; pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo (...)" (resaltado fuera de texto).

Significa lo anterior que, si bien el Artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo permite la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento de su término, debe aclararse que para el tema en estudio no es causal justificada para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo de la trabajadora si se encuentra en estado de embarazo o durante la licencia de maternidad, pues si ésta ha cumplido con sus obligaciones laborales y se encuentran vigentes las causas que originaron la contratación, se le debe garantizar la renovación del contrato por el mismo término inicialmente pactado; -salvo que se solicite autorización del Inspector del Trabajo para no prorrogarlo-, y adicionalmente tendría el empleador a su cargo el pago de los salarios y de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de la trabajadora, aún durante el período vacacional de las actividades académicas, al estar el contrato de trabajo vigente.

De lo anteriormente indicado se desprende que si el empleador debe renovar el contrato de trabajo a término fijo, continuará vigente la obligación de cancelar el salario y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de manera compartida, en las siguientes condiciones:

Para el Sistema de Seguridad Social en Pensión, se deberá cotizar el 16% del salario devengado por el trabajador, en virtud del Decreto 4982 de 2007, de los cuales según el

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 - 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



Artículo 7° de la Ley 797 de 2003, el empleador pagará el 75% de la cotización total y el trabajador deberá asumir el 25% restante.

Para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se deberá cotizar el 12.5% del salario devengado por el trabajador, en virtud de la Ley 1122 de 2007, de los cuales según el Artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador deberá asumir el 8.5%, y el trabajador aportará el 4%.

Para el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los aportes respectivos estarán a cargo en su totalidad por el empleador, en los porcentajes indicados en el Artículo 18 del Decreto Ley 1295 de 1994.

Adicionalmente, la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia SU - 070 de febrero 13 de 2013, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela de 33 casos correspondientes a mujeres, que en estado de embarazo fueron desvinculadas de sus actividades laborales, y han solicitado a jueces de tutela la aplicación de la protección laboral reforzada constitucional por su condición.

En este sentido, las reglas propuestas en la sentencia de unificación para los contratos a término fijo, son las siguientes:

"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.¹

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

¹ Esta hipótesis fáctica fue examinada en la sentencia T-021 de 2011 (Sala Novena de Revisión) y se ordenó reintegrar a la accionante al cargo que venía ocupando o a uno de igual o semejante jerarquía, afiliarla al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, cancelar la indemnización de que trata el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo; y pagar la licencia de maternidad y los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su despido hasta la fecha en que se efectúe su reintegro. También fue estudiada en la T-204 de 2010 (Sala Sexta de Revisión) y las órdenes fueron similares.



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 causa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral.

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."

En segundo lugar, atendiendo al segundo interrogante consistente en el posible despido de dos trabajadores docentes de estado civil casados cada uno, a causa de la relación extra matrimonial que han iniciado, esta Oficina manifiesta lo siguiente:



El Código Sustantivo del Trabajo señala en sus artículos 62 y 63 las siguientes causales, invocadas por el empleador como justas para dar por terminado el contrato de trabajo:

ARTICULOS 62 y 63. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Modificados por el art. 7, Decreto 2351 de 1965. **El nuevo texto es el siguiente:** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A) Por parte del empleador:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.

NOTA: El numeral 3 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-299 de 1998, bajo el entendido de que para aplicar esta causal es requisito indispensable que se oiga previamente al trabajador en ejercicio del derecho de defensa.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto, o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.

8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 - 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



MinTrabajo
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1443 de 2000, bajo la condición señalada en esta sentencia. Es decir, que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara INEXEQUIBLE.

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

De acuerdo con lo expuesto, de las normas precitadas se puede concluir, que la relación sentimental extramatrimonial por sí sola, entre dos compañeros de trabajo no representa una justa causa para dar por terminado sus contratos de trabajo, dado que tal situación es de tipo personal y no de injerencia laboral, por lo tanto, la solución de tal inconveniente, si lo hubiere, debería ser ventilada en otros escenarios diferentes a los del trabajo, siempre y cuando, la relación extra matrimonial no sea constitutiva de una de las justas causas de terminación del contrato anteriormente enunciadas.

Por otro lado, considera esta Oficina que es de vital importancia mantener un ambiente propicio y adecuado, libre de malos entendidos entre los empleados, que contribuya en

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 - 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



el buen desarrollo de la actividad empresarial, pues de no ser así, y de darse casos de faltas a la buena disciplina y conducta de los empleados a causa de una presunta relación extra matrimonial, al interior de la empresa o establecimiento, es importante acudir a lo dispuesto por el reglamento interno de trabajo.

Al respecto, el artículo 108 del Código Sustantivo de Trabajo, señala que el reglamento debe contener disposiciones normativas de los siguientes puntos a saber:

- 15) Obligaciones y prohibiciones especiales para el empleador y los trabajadores.
- 16) Escala de faltas y procedimiento para su comprobación; escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,


MYRIAM SALAZAR CONTRERAS
 Coordinadora
 Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas
 Oficina Asesora Jurídica

 Proyecto: Diego J.
 Revisó y aprobó: Myriam S.

Carrera 14 No. 99 - 33
 PBX: 489 3900 – 489 3100
 Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co