

Bogotá D.C., 15/01/2018

08SE2018120300000000799

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE2016120000000018508 del 01 de Diciembre de 2016
Terminación de contrato laboral de trabajadora en licencia de maternidad por apropiarse de dineros de la empresa

Respetado(a) Señor(a)

Le presentamos disculpas por la demora en la respuesta a su comunicación, pero dificultades de índole administrativo nos imposibilitaron atenderla de manera oportuna.

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “terminación con justa causa de contrato laboral de trabajadora en licencia de maternidad por apropiarse de dineros de la empresa.”. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

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.

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR EMBARAZO

Se debe indicar que el Código Sustantivo del Trabajo establece la protección especial a la maternidad y la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia. En efecto, el Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, establece:

"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, expresa:

"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.**
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."

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o dentro de las 18 semanas posteriores al parto de conformidad con la Ley 1822 de 2017, pues el despido sin el cumplimiento de los requisitos expuestos no produce ninguna consecuencia jurídica como lo señala el Artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual significa que el contrato de trabajo continúa vigente, la trabajadora sigue bajo las órdenes del empleador aun cuando éste no utilice sus servicios y por ende, las obligaciones del empleador respecto del pago de salarios y prestaciones sociales de ley.

Lo anteriormente indicado significa, que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras comprende el **período de gestación y las 18 semanas posteriores al parto** (licencia de maternidad), período dentro del cual se presume que el despido se ha producido por esta causa.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia Unificada SU070 de 2013, Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada, amplió el campo de protección establecido por la norma y unificó los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el mismo tema se había pronunciado dicha corporación, señalando que, la protección a la mujer embarazada va desde su estado de gestación hasta su periodo de lactancia, dijo la Corte:

"La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso -Es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundente del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, "garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos".

En la misma sentencia se señaló también los alcances del fuero de maternidad con el que gozan las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia indicando que:

"Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación."

Unificación de jurisprudencia en materia de despido de mujer embarazada:

"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."

Teniendo en cuenta lo anterior, el empleador o contratante no podrá desvincular unilateralmente ninguna trabajadora o contratista que se encuentre en estado de embarazo o periodo de lactancia, ya que **se presumirá** que el despido sin la autorización respectiva del Inspector de Trabajo competente, o la terminación del contrato, se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia.

JUSTAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DE CONTRATO LABORAL

Respecto a la terminación de los contratos de trabajo, es pertinente aclarar la ley establece taxativamente las causales o motivos que se estiman justos o suficientes para que cualquiera de las partes, empleador o trabajador, termine unilateralmente el contrato de trabajo, imputando a la otra el respectivo motivo.

En este sentido, es importante establecer que con respecto a las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, efectivamente el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece en referencia al tema planteado en su consulta:

ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Modificado por el art. 7, Decreto 2351 de 1965. 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.*
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.** (Subrayado y negrilla fuera de texto)
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.*
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 inexecución, 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.

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.

En cualquiera de las causales citadas el empleador debe demostrar la ocurrencia de la misma y no solo alegarla, lo que en el caso consultado implica demostrar en cuál de las causales fundamenta su despido para que no se constituya en ilegal y dé lugar al pago de la indemnización contemplada por el Artículo 64 del Código Sustantivo.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que a pesar de que se llegare a presentar una justa causa de despido, el empleador está obligado a la terminación del contrato de trabajo de efectuar la liquidación, esto es, el pago de salarios debidos, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), vacaciones, indemnizaciones si se causaron, y adicionalmente debe informar al trabajador el estado de cuenta de los pagos a la seguridad social y parafiscales. Así mismo, está obligado a manifestar al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales está dando por terminado con justa causa su contrato de trabajo.

Igualmente, le indicamos que la normatividad laboral no contempla que debe contener el oficio de terminación unilateral del contrato.

PROCESO DISCIPLINARIO EN EMPRESAS PRIVADAS

Cabe manifestar que pese a que el Código Sustantivo del Trabajo, estipula de manera expresa, el procedimiento general disciplinario para el Trabajador que ha cometido alguna infracción en el Artículo 115, disponiendo además que en el Reglamento de Trabajo, reglado en el Artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo, numerales 16 y 17, se debe contemplar las faltas y las sanciones a imponer.

Por ser un parámetro genérico, para su aplicación tanto Empleadores y Trabajadores, deben estar a lo interpretado por la Corte Constitucional en la materia, plasmado en Sentencia C-593 de 2014, en donde se estipuló que todo proceso incluyendo el disciplinario del sector privado, debe ser vivo reflejo de lo contemplado en la Constitución Nacional, por ello en la sentencia en mención, estableció claramente los parámetros mínimos que debe contemplar un reglamento en materia disciplinaria.; incluyendo la doble instancia, para que el trabajador conozca tanto las faltas, como las sanciones, así como el procedimiento y ante quien debe acudir para ejercitar su derecho defensa, pilar del debido proceso, así como la posibilidad de acudir ante la Justicia ordinaria, para controvertir la decisión final tomada.

Por ello, para contestar sus cuestionamientos, referidos a la manera puntual de cómo realizar el proceso, cabría destacar que no habiendo minutas o procedimientos especiales, en atención a las normas que en el Código Sustantivo del Trabajo antes mencionadas en donde se estipula lo consagrado la materia y el aparte de la: Jurisprudencia de la Corte Constitucional que se transcribe a continuación, el Empleador goza de la libertad de estipulación, siempre y cuando obedezca lo consagrado en la Constitución y la Ley, concerniente a los Principios Fundamentales como son el derecho de defensa, el debido proceso, la doble instancia, entre otros como se verá, los cuales deben estar incluidos en el Reglamento Interno de Trabajo.

Así las cosas, el Empleador tendría libertad de consagración en dicho Reglamento al establecer que la misma persona quien participe en la diligencia de descargos sea la que imponga la sanción disciplinaria en primera instancia; pero no podría ser una persona ajena a la empresa, que no sea el jerárquico superior de la persona de primera instancia, quien decida la segunda, pues el principio de la doble instancia constitucional, tiene su fundamento en la jerarquía que sobre el trabajador de primera instancia tiene el segundo, por ello no podría hablarse de una persona ajena en jerarquía al de primera instancia y es la razón por la cual, no podría ser un externo a la empresa quien decida la segunda instancia en materia disciplinaria. Es de tener en cuenta que a pesar del tamaño de la empresa, aun cuando la misma fuera muy pequeña, el empleador estaría obligado, en cumplimiento de los principios constitucionales y a la interpretación obligante que da la H. Corte Constitucional respecto del Artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, a disponer quien al interior de la misma, decidirá cada una de las. Instancias, cuestión que en nada obstaculiza la libertad del Empleador de tener a su disposición órganos consultivos externos o de asesoría legal.

Ahora bien, como el Reglamento de Trabajo, debe implementarlo el Empleador cuando ocupe más de cinco trabajadores permanentes, las mismas instrucciones del proceso disciplinario deben ser. Consagradas y conocidas por el trabajador en documento mencionado, el mismo que se debe implementar de inmediato, pues sino está consagrado en el mismo el procedimiento disciplinario a seguir, no podrá el empleador hacer uso de la facultad que le asiste como jerárquico superior del trabajador subordinado.

De la mencionada Sentencia en donde la H. Corte Constitucional se explaya sobre la materia se extraiga un aparte fundamental en donde se consagra lo mencionado, así:

“(…) Adicionalmente, la facultad sancionatoria en cabeza del empleador debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputa. En este orden de Ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplan, entre los que se encuentran (i) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, (ii) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta

como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, (iii) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, (iv) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargas, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, (vi) el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, (vii) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (viii) la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria.

En este orden de ideas, la Sala Plena de esta Corporación entiende que la interpretación acorde con los postulados constitucionales del artículo 115 del código Sustantivo del Trabajo, es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente pro videncia."

En conclusión, siendo la H. Corte Constitucional, la máxima Autoridad interpretativa de las normas, todo empleador, independientemente del tamaño de su empresa o la organización interna de la misma, deberá aplicar los principios Constitucionales antes transcritos, cuando discipline a un trabajador.

Para finalizar, se debe tener en cuenta que en lo referente al término para llamar a un trabajador a descargos, dicho término deberá estar contemplado en el Reglamento Interno de Trabajo, tal y como se ha mencionado en reiteradas ocasiones.

Consideraría este despacho, que la recuperación de dichos dineros apropiados por la trabajadora se denunciar ante la Fiscalía General de la Nación, quien es la entidad competente para denunciar dicha conducta, sin perder de vista que durante una incapacidad o una licencia de maternidad el contrato laboral no se suspende.

Finalmente le indicamos, que a pesar de haber agotado el procedimiento interno dentro de un proceso disciplinario en el cual se determina la justa causa de terminación del contrato de trabajo, igualmente se debe solicitar la autorización de terminación del contrato de la trabajadora ante la Oficina de Trabajo del domicilio de la empresa, es decir, ante un Inspector de Trabajo.

Para mayor 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 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]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Carolina M. 12/04/2017

Revisó: María T. Gil

Aprobó: Marisol P.

Ruta Electrónica: /C:\Users\Usuario\Desktop\MINTRABAJO 2017\NOVIEMBRE 2017\18508 HURTO DE TRABAJADORA CON ESTABILIDAD LABORAL REFORZADAPOR EMBARAZO\11EE201612000000018508 RP.docx