Bogotá, 18 de agosto de 2021

Boletín N°45 -2021

LAS NUEVAS CONDICIONES DE LA PATERNIDAD EN MATERIA LABORAL

En el mes de agosto se han generado varios cambios normativos, sin duda alguna, uno de los más relevantes es el enfocado a promover los derechos de los trabajadores en relación con su condición de ser padres de familia. En esa medida, a través de este boletín analizaremos, por un lado, los aspectos más relevantes y algunos efectos de la Ley 2114 de 2021, la cual amplió la licencia de paternidad y creo dos licencias parentales, y por el otro lado, las principales medidas a considerar de cara al fuero de paternidad regulado por la Ley 2141 de 2021.

LICENCIA DE PATERNIDAD PARA LOS PADRES

El primer cambio que nos trae la Ley 2114 de 2021, es la ampliación de la licencia de paternidad la cual, desde la recordada Ley María (Ley 755 de 2002), creó el derecho que tenían los padres de contar con una licencia propia y diferente al tiempo que le cedían las madres. **Este tiempo que inicialmente era de 8 días hábiles ahora se amplió a 2 semanas**, lo cual, si bien no amplía considerablemente el lapso de este derecho, pues en la práctica aumenta solo unos 3 días, si equipara la unidad de medida a la misma que tienen las madres: semanas.

Norma	Licencia maternidad (semanas)	Licencia maternidad (días)	Licencia paternidad (días)	% Var. Lic. Maternidad frente a ley previa	Brecha frente Conv. 183 (2000) OIT
CST art. 236	8	56	0	N/A	N/A
Ley 50 de 1990 (art. 34)	12 u 11 si cedía 1 a la pareja)	84 o 77 según el caso	7 días (cedidos de la licencia de maternidad)	50%	-14,3%
Ley 755 de 2002 (art. 1)	12	84	8 días hábiles	0%	-14,3%
Ley 1488 de 2011 (art. 1)	14	98	8 días hábiles	16,7%	0%
Ley 1422 de 2017 (art. 1)	18	126	8 días hábiles	28,6%	28,6%
Ley 2114 de 2021 (art. 2)	18	126	14 días		28,6%

Adicionalmente, esta licencia de paternidad puede llegar a ser de más de 2 semanas dependiendo de las condiciones de desempleo en el país. Para ello se tomará como referencia

una estimación denominada tasa de desempleo estructural, la cual será publicada en el mes de diciembre de cada año derivado de una metodología definida conjuntamente por el Ministerio de Hacienda, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación.

En esta medida, la Ley establece que la licencia de paternidad se ampliará en una semana adicional por cada punto porcentual de disminución en la ya mencionada tasa de desempleo estructural sin que la licencia de paternidad llegue a superar las 5 semanas.

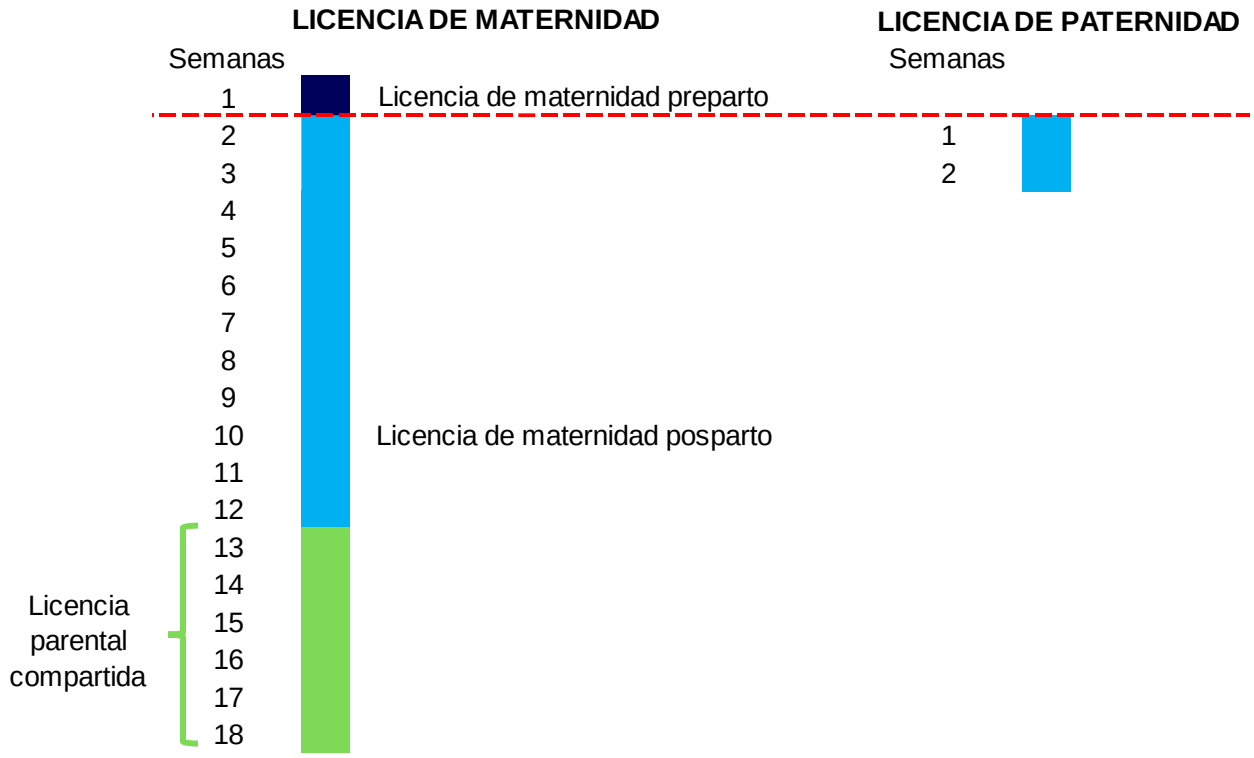
Sin embargo, es importante señalar que esta tasa estructural está determinada por las condiciones estructurales del país, lo cual implica que la disminución de esta estimación, en caso de que se logre, conllevará un proceso lento que deberá ir acompañado de importantes mejoras en la economía del país, lo cual implica que es altamente probable que en el corto plazo no se incrementen las 2 semanas de licencia de paternidad.

Es importante tener en cuenta que la licencia remunerada de paternidad opera no solo para los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente sino también para los **padres adoptantes**. Es de resaltar que la licencia de paternidad estará a cargo de la EPS, independientemente de que el padre haya cotizado de manera efectiva durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia, de forma tal que esta nueva Ley precisa que la licencia "*será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación*", lo cual constituye una verdadera novedad pues en el pasado los periodos de carencia limitaban el reconocimiento de la prestación.

Finalmente, queremos rescatar que la nueva Ley adicionó una causal para extender los beneficios de la licencia de maternidad con los que cuenta la madre biológica al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre. Esta nueva causal es el **abandono**, la cual se suma a las de enfermedad y muerte que ya se encontraban previstas en la norma original.

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA

Tal como ya lo hemos señalado, desde la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 existe la posibilidad de que la madre le ceda un tiempo de su licencia de maternidad a los padres. En este caso, el tiempo que la madre le cede al padre se materializa con la posibilidad que tienen ambos padres de distribuir libremente las últimas 6 semanas de la licencia de maternidad de la madre, de forma que el padre pueda gozar de más tiempo con su hijo y se aumente su corresponsabilidad en la crianza de los hijos. En el caso de la madre, esta licencia es independiente del permiso de lactancia.



Para efectos del reconocimiento de esta licencia parental compartida, se deben tener en cuenta una serie de condiciones:

1) Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas 6 semanas de la licencia de maternidad.

2) La distribución será de mutuo acuerdo entre padre y madre.

3) Esta licencia parental compartida no puede disminuir la licencia de paternidad de 2 semanas.

4) Esta licencia no se podrá fragmentar (deben ser semanas completas), intercalar (deben ser semanas continuas) ni tomar de manera simultánea entre el padre y la madre, salvo por enfermedad postparto de la madre.

5) Se remunerará con base en el salario de quien disfrute la licencia por el periodo correspondiente.

6) El reconocimiento y pago de la licencia le corresponde a la EPS, ante quien debe soportarse la solicitud de la misma con el Registro Civil de Nacimiento, el cual debe presentarse dentro de los primeros 30 días de la fecha de nacimiento del menor.

7) Dentro de estos mismos 30 primeros días desde el nacimiento del menor, los padres deben presentar ante sus empleadores un documento suscrito en el que expliquen la manera como acordaron la distribución de las semanas de licencia que pueden compartir.

8) De manera adicional al acuerdo, los padres deberán presentar ante su empleador certificado médico que además de dejar constancia del nacimiento del menor y la fecha de parto, indicará el día en el cual empezará la licencia parental compartida de cada uno de los padres. Con este certificado el médico tratante autoriza por escrito el acuerdo al cual llegaron los padres para garantizar la salud de la madre y del menor.

9) La licencia parental compartida también aplicará para los trabajadores del sector público. El Departamento Administrativo de la Función Pública cuenta con 6 meses para reglamentar la licencia de estos funcionarios.

10) Los padres que hayan incurrido en delitos contra la integridad, libertad y formación sexual, delito de violencia intrafamiliar o inasistencia alimentaria o tengan medida de protección en su contra no podrán acceder a este beneficio.

LICENCIA PARENTAL FLEXIBLE DE TIEMPO PARCIAL

La licencia parental flexible les da la posibilidad a los padres de retornar a su actividad laboral estando aún vigente su licencia. En este caso los padres laborarán medio tiempo y el otro medio tiempo estarán gozando de su licencia, de forma tal que el tiempo de licencia se extenderá al doble del que inicialmente tenían.

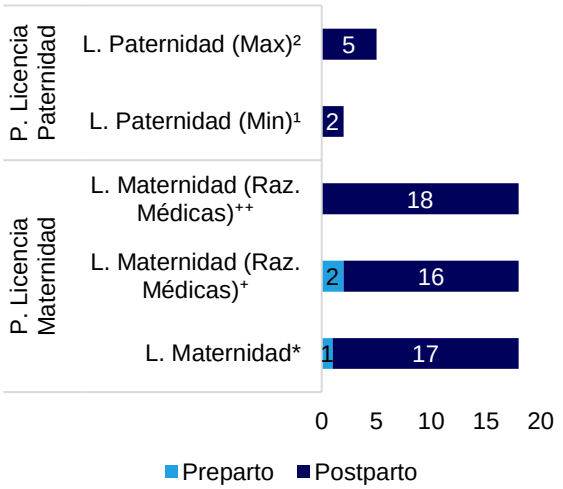
En el caso de los padres, ellos podrán tomar la totalidad de su licencia de paternidad bajo la modalidad de licencia parental flexible de tiempo parcial. Las madres a su vez solo pueden hacer uso de la licencia parental flexible a partir de la semana 12 de su licencia de maternidad.

Existen 5 puntos claves que se deben tener en cuenta para poder gozar de este nuevo beneficio:

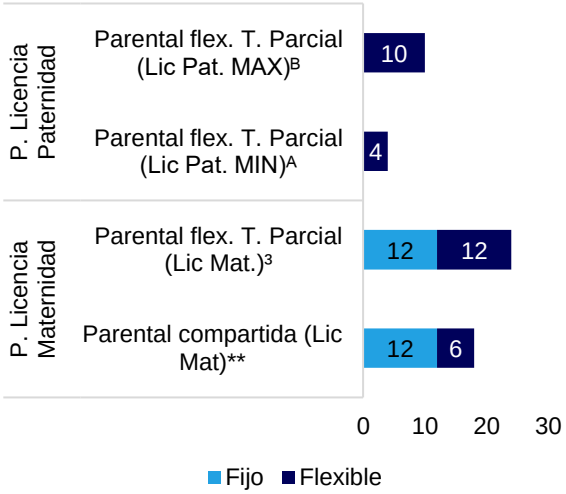
1) Los periodos de licencia parental flexible no pueden ser interrumpidos y luego retomarse, deberán ser continuos, salvo que medie acuerdo entre el trabajador y su empleador.

2) El pago de esta licencia estará a cargo de la EPS con base en el salario de quien disfrute la licencia por el periodo correspondiente. El pago del salario por el tiempo parcial estará a cargo del empleador.
3) La licencia parental flexible y la licencia parental compartida no son excluyentes, razón por la cual durante el periodo de licencia parental compartida los padres podrán retornar a su actividad laboral medio tiempo atendiendo las condiciones anteriormente descritas.
4) A diferencia de la licencia parental compartida, la licencia parental flexible debe ser acordada con el empleador. Para estos efectos, además de contar con el certificado médico en el que se establezca la constancia del nacimiento del menor con su fecha de parto, también es necesario que el trabajador acompañe el certificado con una comunicación al empleador dentro de los 30 días siguientes al nacimiento indicando el día a partir del cual considera puede empezar la licencia parental flexible. El empleador cuenta con 5 días hábiles para dar respuesta a dicha solicitud.
5) Esta licencia también es aplicable en el sector público, pero debe ser reglamentada por Departamento Administrativo de la Función Pública dentro de los 6 meses siguientes a la entrada en vigencia de esta nueva Ley.

Licencia de maternidad/ paternidad (En semanas)



Licencia parental compartida/ Parental flexible (En semanas)



* Establecida en el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017
** Contemplada en el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.
⁺ Estipulada en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017
⁺ ⁺ Estipulada en el numeral 6 (b) del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017

[1] Establecida en el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021
[2] Regulada por el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021
[3] Contemplada en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.
[A] y [B] Contemplada en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

De esta forma, estamos ante un escenario en el cual la licencia de maternidad por vía de la modalidad parental flexible se podría prolongar hasta por 24 semanas (12 semanas tiempo completo y 12 semanas tiempo parcial) y la licencia de paternidad, en el evento que la tasa estructural de desempleo llegue a disminuir, podría extenderse de 4 hasta 10 semanas.

Queremos destacar que la instauración de la licencia parental compartida y de la licencia parental flexible ubican a Colombia en el cumplimiento de estándares establecidos en el Convenio 183 de 2000 de la OIT sobre la protección de la maternidad, así como en aspectos estipulados en la Recomendación N° 191 de 2000 sobre la protección de la maternidad emitida por el mismo organismo, así como en las políticas públicas y las medias de otorgamiento de países OCDE.

MEDIDAS PARA EVITAR DISCRIMINACIÓN EN EL AMBIENTE LABORAL:

Otra de las novedades introducida por la Ley 2114 es la inclusión en la normatividad laboral de 2 medidas antidiscriminatorias: la exigencia de la práctica de pruebas de embarazo y la realización de preguntas relacionadas con planes reproductivos en entrevistas de trabajo.

1) Pruebas de embarazo: La Ley prohíbe la toma y/o exigencia de pruebas de embarazo a las trabajadoras como requisito para el acceso o permanencia en cualquier actividad laboral.

   Sin embargo, la misma norma dispone que las pruebas de embarazo sólo se pueden hacer con el consentimiento previo de la trabajadora y en los casos en que el trabajo a desempeñar genere un riesgo real o potencial al normal desarrollo del embarazo de la mujer. En estos casos, la candidata o trabajadora podrá seleccionar el centro o laboratorio médico donde se llevará a cabo la prueba, el cual debe ser un centro autorizado por el Ministerio de Salud.

   Queremos destacar que en la medida que existan causales objetivas que permitan evidenciar el riesgo que la actividad laboral puede implicar para la mujer y el desarrollo de un eventual embarazo, el empleador tiene la facultad de requerir la realización de este tipo de pruebas sin que dicha solicitud se entienda como un acto discriminatorio.

   Ahora bien, el empleador que exija la práctica de pruebas de embarazo sin acreditar su necesidad para mantener la salud de la candidata será sujeto de una multa de hasta 2.455 UVT ($89.136.140 según el valor de la UVT en 2021). Además, deberá contratar a la candidata a quien le haya exigido la realización de la prueba, en el cargo al cual la persona estaba aspirando.

2) Entrevistas de trabajo: Se presume como una práctica discriminatoria la realización de preguntas relacionadas con planes reproductivos en entrevistas de trabajo. En caso de realizarlas, la empresa se verá expuesta a la imposición de multas de hasta 2.455 UVT ($89.136.140 según el valor de la UVT en 2021).

OTRAS MEDIDAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 2114

- Para las trabajadoras afiliadas al régimen subsidiado, cabeza del núcleo familiar y que contribuyan solidariamente al SGSSS, se les reconocerá una compensación de maternidad proporcional a la tarifa de la contribución realizada.
- La socialización y las campañas pedagógicas deben ser iniciadas dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigor de esta Ley. A partir de ese momento, estas campañas se deben sostener en el tiempo y deben incluir la difusión de estas medidas en medios de comunicación masiva, así como la realización de talleres dirigidos a empleadores y trabajadores.
- Los empleadores deben incluir información sobre estas licencias y estas medidas en sus procesos de inducción y capacitación.

FUERO DE PATERNIDAD

La segunda novedad normativa relacionada con los trabajadores que se hacen padres la constituye la Ley 2141 de 2021 que modifica los artículos 239 y 240 del CST para incluir dentro de la normatividad laboral el fuero de paternidad.

Ya la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-005 de 2017 había declarado condicionalmente exequibles los artículos 239 y 240 del CST, "*en el entendido 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)".*

De esta forma, la Ley 2141 materializa la exequibilidad condicionada declarada en la sentencia mencionada, solo que no la extiende al periodo de gestación y lactancia, sino que la limita al embarazo y a las 18 semanas de la licencia de maternidad.

Para efectos de que el trabajador pueda gozar de este fuero deberá notificar a su empleador del estado de su embarazo de su cónyuge, pareja o compañera permanente, acompañando dicha

notificación de una declaración juramentada en la que se manifieste que su pareja carece de un empleo.

Esperamos que esta información le sea útil y quedamos a la espera de cualquier solicitud de aclaración.

Cordial Saludo,

LÓPEZ Y ASOCIADOS S.A.S.