



Concepto 003791 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000003791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000003791

Fecha: 03/01/2024 05:15:51 p.m.

Bogotá D.C.

REF. PRESTACIONES SOCIALES. Periodo de Lactancia RAD 20239001044812 del 25 de noviembre del 2023

¿Tengo derecho a continuar en mi empleo según lo estipulado en la normatividad [2306](#) del 2023, hasta que mi bebe cumpla los dos años de edad? me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹ este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca en la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender su cuestionamiento, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

El Decreto [1083](#) de 2015², respecto de la prohibición de despido, señala:

ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.

Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.

Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate

de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

(...)

ARTÍCULO 2.2.31.2 Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el Artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.

De otra parte, el Decreto 3135 de 1968³, respecto del despido en estado de embarazo y los 3 meses siguientes, establece:

ARTÍCULO 21. Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, solo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si es empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.

Sobre este particular la Corte Constitucional en Sentencia C-470 de 1997⁴, señaló:

"... la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es[3]."

En tercer término, y como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CP art. 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). 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, con lo cual se "busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos"

(...)

Por consiguiente, los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento. Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corte, un verdadero "fuero de maternidad"[7], el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.

(..)

Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

(...)

el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, en sentencia posterior a la entrada en vigor de la nueva Carta^[13], decidió que un municipio que había declarado insubsistente, sin la correspondiente resolución motivada, a una funcionaria que se encontraba embarazada, no sólo debía pagar la indemnización sino que, además, tal resolución era nula, por lo cual la entidad territorial debía reintegrarla a un cargo "de igual o superior categoría" y pagar "todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esa suma lo que la señora Prada Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad". El Consejo de Estado justificó esa determinación con las siguientes consideraciones:

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando sólo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro a cargo al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ella señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la sala entonces, que, en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que estaba prohibido.

De acuerdo con lo anterior, existe una protección de orden constitucional para la mujer gestante y la madre, dentro de los 3 meses siguientes al parto.

Ahora bien, respecto del contenido y alcance de la Ley 2306 de 2023⁵, dicha norma establece, entre otras, las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 1. Objeto. La presente ley busca la protección y apoyo a la maternidad y la primera infancia, reconociendo el derecho de las mujeres a amamantar a sus hijas e hijos en el espacio público, sin ningún tipo de discriminación ni restricción. Para esto, se establece el deber de respetar la lactancia materna en el espacio público, por parte de las autoridades y los ciudadanos. Así mismo, se definen los parámetros para que los entes territoriales y algunos establecimientos de carácter privado, construyan o adecuen espacios públicos amigables para que las madres en etapa de lactancia puedan amamantar a sus hijas e hijos lactantes en espacio público con alta afluencia de personas y modifica algunos aspectos del descanso remunerado durante la lactancia como estrategia de protección de la maternidad y la primera infancia.

(...)

ARTÍCULO 3. Creación de los Áreas de Lactancia Materno en Espacio Público. Las entidades territoriales del nivel municipal, distrital y departamental, con cargo a su presupuesto y conforme a la disponibilidad de recursos, crearon y manejaron por sí mismas o por delegación las Áreas de Lactancia Materna en Espacio Público en lugares donde se brinde el acceso y prestación de servicios públicos, así como áreas comerciales con alta afluencia de personas. Las entidades territoriales podrán orientar esfuerzos y recursos para construir, adecuar o modificar un área específica en los citados espacios con todas las garantías de salubridad, donde las madres que estén en etapa de lactancia puedan amamantar o alimentar a sus hijas e hijos lactantes.

(...)

(...)

ARTÍCULO 6. Modifíquese el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo el cual quedará así:

ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad; y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad del menor; siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materna continua.

El {empleador} está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los {empleadores} deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Los {empleadores} pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior.

ARTÍCULO 7. Las competencias asignadas para las entidades territoriales con ocasión de la implementación y ejecución de la política contemplada de la presente ley, deberán hacerse mediante proyectos que deberán estar incorporados en los planes de desarrollo local y atender a lo establecido en el marco fiscal de mediano plazo de cada entidad territorial.

(...)

ARTÍCULO 8. Reglamentación de los Áreas de Lactancia Materno en el Espacio Público. El Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, en un plazo de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, reglamentará e indicará los parámetros técnicos para la creación y operación en condiciones de higiene, salubridad y dotación adecuada de las Áreas de Lactancia Materna en Espacio Público con gran afluencia de personas, de acuerdo con el comportamiento demográfico de las entidades territoriales, la evidencia científica y las buenas prácticas adoptadas internacionalmente.

Como se advierte, en el texto de la norma citada se plantean mecanismos orientados a promover el derecho de las mujeres a lactar en espacios públicos, y a no ser discriminadas por esta causa; para lo cual, se insta a las autoridades y a la ciudadanía a respetar este derecho y abstenerse de prohibirlo, negarlo, limitarlo, censurarlo, restringirlo o vulnerarlo. La norma propende por la promoción de la lactancia materna, obligando a

los municipios, ciudades y departamentos a crear y/o contratar áreas de lactancia materna en el espacio público. De igual forma, la norma modifica el artículo 238 del CST, señalando la obligación de los empleadores, de conceder los permisos remunerados: (*dos (2) descansos, de treinta (30) minutos c/u, durante los primeros seis (6) meses de edad; y en adelante, un (1) descanso de treinta (30) minutos, hasta los dos (2) años de edad del menor*); de otra parte, define la forma como debe dar cumplimiento a esta obligación: (*establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño*)

Conforme a lo hasta aquí expuesto, se da respuesta a sus inquietudes, acogiendo lo señalado por esta Dirección sobre este mismo particular; en el sentido de que, el fuero de estabilidad laboral reforzada procede para la trabajadora en estado de embarazo y lactante (dentro de los 3 meses), para efectos de evitar que sufra detrimiento en su condición de vulnerabilidad como consecuencia de una desvinculación sin la autorización del Ministerio de trabajo o la autoridad competente a falta de éste, lo cual genera en este caso una presunción en contra del empleador; siendo el efecto más relevante de la estabilidad laboral reforzada la ineficacia del despido.

La protección especial de estabilidad laboral conferida a la trabajadora embarazada es aplicable tanto a trabajadoras oficiales, como a empleadas nombradas con carácter transitorio en empleos de período, en provisionalidad o con derechos de carrera en cargos de carrera, en empleos de libre nombramiento y remoción, respecto de cualquier escenario que no materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

Revisado el contenido y alcance de la Ley 2306 de 2023, se encuentra que sus disposiciones están orientadas a ampliar el descanso remunerado para la lactancia, como uno de los mecanismos para promover y proteger este derecho, sin que se haga alusión a alcances distintos; en todo caso, sobre la materia se considera que será de competencia de los Jueces de la República definir el alcance de la prohibición de despido para las mujeres lactantes.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Mcaro

Reviso: Maia Borja

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales

Corte Constitucional Sentencia [C-470](#) de 25 de septiembre de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Por medio de la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público y se dictan otras disposiciones

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:16:57