



Función Pública

Concepto 199051 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000199051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000199051

Fecha: 08/04/2024 10:13:18 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO-INSUBSISTENCIA EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. Empleada que regresa de licencia de maternidad. RAD. 20249000218692 del 07 de marzo de 2024.

En relación con su oficio de la referencia en el cual solicita concepto sobre la protección para una empleada de libre nombramiento y remoción que regresa de licencia de maternidad, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política, en su artículo 43 regula sobre el tema lo siguiente:

"ARTÍCULO 43. 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (Subrayado fuera de texto).

La Ley 1822 de 2017¹, por el cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1:

"ARTÍCULO 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos (2) semanas más

La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior. (...)” (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo antes expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

En cuanto a su duración el Decreto 1083 de 2015², señala:

ARTÍCULO 2.2.5.5.10 *Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.*"

ARTÍCULO 2.2.5.5.12 *Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.*"

De acuerdo a lo anterior, la duración de la licencia será por el término que ley establece, es decir 18 semanas, término que no podrá ser disminuido ni aumentado.

Ahora bien, en cuanto al retiro del empleo de la servidora pública embarazada, le informo lo siguiente:

La Ley 909 de 2004³ señala:

"ARTÍCULO 51. *Protección a la maternidad.*

(...)

Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1°. *Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.*

PARÁGRAFO 2°. *En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación." (Subrayado fuera de texto)*

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 establece:

"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.

Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.”

De otra parte, en relación con la ampliación del periodo de lactancia, el artículo 6º de la Ley 2306 de 2023⁴, establece:

Artículo 6º. 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 inciso anterior.

Como se observa, el propósito y alcance de la norma, está relacionada con la protección de la lactancia materna, estableciendo obligaciones a los empleadores para la garantía de dicho derecho; no obstante, la norma en comento, no establece obligaciones relativas a la estabilidad laboral por fuero de maternidad, lo cual está debidamente regulado en las normas anteriormente citadas.

Sobre el alcance de dicha protección, la Corte Constitucional en sentencia C-470 de 1997⁵, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, respecto al despido de las empleadas públicas en estado de embarazo, consideró:

“La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.”

La misma Corporación en sentencia T-494 de mayo 4 de 2000⁶, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en cuanto al fuero de estabilidad de las empleadas de libre nombramiento y remoción en embarazo, expresó lo siguiente:

(...)

En este orden de ideas, la especial protección constitucional a la mujer embarazada y la prohibición de discriminación por esa razón, se detiene con particular énfasis en el ámbito laboral, como quiera que “la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”⁵. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, como consecuencia del principio de igualdad, la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por esta razón

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que el fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese período se presumen que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De ahí pues que, el empleador debe desvirtuar tal presunción, explicando suficiente y razonablemente que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causas imputables al embarazo.

Ahora bien, para el caso sub índice, surge una pregunta obvia: ¿el derecho fundamental a una estabilidad reforzada también se predica de trabajadoras que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción? El interrogante inmediatamente sugiere una premisa previa: la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción suponen una estabilidad precaria⁶ que también goza de sustento constitucional en el artículo 125 de la Carta. Por consiguiente, es indudable que esta situación plantea una tensión constitucional entre dos principios de la función pública, de un lado, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, de otro lado, la facultad discrecional del nominador de remover, por razones del servicio, a un empleado público.

Para resolver esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo “se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción”⁷. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. De ahí pues que el nominador vulnera el derecho a la estabilidad reforzada cuando:

“a) el despido se ocasiona durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende, que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública”⁸

De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, impone una carga argumentativa estricta del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, como quiera que corresponde a la administración demostrar que la decisión no se produce por causas arbitrarias y ajenas al embarazo. En otras palabras, el nominador que “hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro”⁹.

(...)

Motivación del acto administrativo que desvincula a una mujer embarazada

Como se explicó en precedencia, el acto administrativo que retira del servicio a una mujer embarazada debe ser motivado, lo que constituye una excepción a la regla general según la cual la nominación y la declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción no requiere motivación. Por consiguiente, es el propio acto de la administración el que permite distinguir decisiones arbitrarias y discrecionales en asuntos como el que estudia la Sala, con lo cual es posible reprochar jurídicamente las primeras y aprobar las segundas. Es más, la importancia de la teoría del control de los motivos en el ordenamiento jurídico ha sido explicada por la Corte Constitucional así:

“la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”¹⁰

Así las cosas, se reitera que el acto administrativo que retira del servicio a una trabajadora embarazada debe ser motivado. Sin embargo, esto no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido¹¹. Solo así el Estado Social de Derecho puede garantizar no sólo el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada sino también los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad de la función administrativa (C.P. art. 209).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, se colige que el estado de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada opera, independiente del vínculo laboral, es decir, que se predica a mujeres vinculadas mediante contrato laboral a término fijo o de duración indefinida, de prestación de servicios, de obra o labor, salvo aquellas vinculadas mediante periodo institucional, quien, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

Es claro entonces que, respecto de la funcionaria vinculada a la administración, existe la prohibición de despedirla por motivos de embarazo y lactancia; además 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; si se trata de funcionaria vinculada mediante relación legal y reglamentaria, el despido solo podrá realizarse, mediante resolución debidamente motivada.

De acuerdo con lo citado en precedencia, se encuentra que: i) Conforme las disposiciones legales vigentes y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el fuero de protección especial a la mujer embarazada abarca, tanto el periodo de embarazo, como la lactancia durante los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto; ii) Esta protección cubre a todas las mujeres embarazadas, independientemente del tipo de vinculación; iii) Las disposiciones de la Ley 2306 de 2023, si bien amplían la protección a la lactancia, estableciendo obligaciones relativas a permisos remunerados para dicha actividad; no incorpora medidas relacionadas con el periodo de estabilidad laboral por fuero de maternidad, ni a la ampliación de dicho periodo.

Conforme a lo anterior y dando respuesta a la inquietud planteada en su consulta y teniendo en cuenta que en su escrito señala que la funcionaria cumplió su licencia de maternidad; es decir, ya se ha superado el periodo de protección reconocido legal y jurisprudencialmente, en tal sentido, será la administración la que deberá decidir, si la mantiene en el cargo, o hace uso de la facultad discrecional que le asiste, respecto de los cargos de Libre Nombramiento y Remoción.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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 Maia Borja.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortes.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentarios del Sector Función Pública Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. 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. Corte Constitucional en sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, Expediente D-1606, M.P. Alejandro Martínez Caballero Corte Constitucional en sentencia T-494 del 4 de mayo de 200, P. Alejandro Martínez Caballero

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:26:07