



Función Pública

Concepto 104341 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000104341

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000104341

Fecha: 08/07/2013 11:49:18 a.m.

Bogotá, D.C.

Ref.: EMPLEOS. Viabilidad de retirar a una empleada vinculada en un empleo temporal y que se encuentra embarazada. Rad. 20139000014462.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, relacionada con el retiro de una empleada embarazada vinculada en un empleo temporal, me permito señalar lo siguiente:

La Constitución Política de 1991 consagra:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”

Por su parte, el Decreto 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 2º. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el Servicio Civil de la República.

Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones."

Mediante sentencia [C-614](#) del 2 de septiembre de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible el último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, por los cargos allí analizados.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 señala:

"ARTÍCULO 1º. OBJETO DE LA LEY. "(...)"

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales."

(...)

"ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. (...)” (Subrayado fuera de texto)

El Decreto 1227 de 2005, mediante el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y el Decreto ley 1567 de 1998, dispone lo siguiente con respecto a los empleos temporales:

“ARTÍCULO 1°. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.”

Es importante recordar que según la exposición de motivos de la Ley 909 de 2004, dentro de las novedades estructurales se incluye también la posibilidad de crear empleos públicos temporales:

“...lo que representará un instrumento de gran importancia para flexibilizar las plantas de personal y poder hacer frente a programas coyunturales o necesidades transitorias de la administración, sin tener que acudir a la creación de nuevos empleos en la planta de personal. La correcta gestión de este instrumento puede, además, servir de estímulo para la erradicación definitiva del problema en nuestra administración de “las plantas paralelas”. Sin duda se trata de una herramienta que, bien utilizada, evitará un crecimiento artificial de las plantas de empleo y paliará, aunque sea en pequeña medida, el déficit fiscal.

De igual forma, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia con Radicación número: [11001-03-25-000-2006-00087-00\(1475-06\)](#) del 19 de junio de 2008, Consejero Ponente: Jaime Moreno García, señaló sobre los empleos temporales:

“Como puede observarse, la ley 909 de 2004 estableció como nueva categoría la del “empleo temporal o transitorio”, una figura excepcional que sólo puede originarse bajo una de las siguientes circunstancias: para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forman parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo siempre y cuando esté originada en hechos excepcionales, y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional, de duración total no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

A su vez, la misma norma, en sus numerales 2º y 3º, determina que debe justificarse la creación de estos cargos con motivaciones técnicas en cada caso e igualmente existir la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Definido lo anterior, el ingreso a estos empleos, se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carácter permanente y, si ello no es posible, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos.

En relación con el término de vigencia del nombramiento en un empleo temporal, dispone el decreto 1227 de 2005 que se determinará en el acto nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico (art. 1º) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2º, art. 4º) lo cual resulta armónico con la citada ley 909 de 2004, cuando expresa que la justificación para crear este tipo de cargos, deberá contener la motivación técnica y la apropiación y disponibilidad presupuestal.”

Así las cosas, la creación de empleos temporales en la planta de personal de las entidades públicas, se encuentra respaldada por normas legales, que se remontan a la Constitución Política, la cual en el artículo 122 superior no señala que todos los empleos públicos tengan necesariamente vocación de permanencia o que solo los empleos permanentes con el Estado sean admisibles. En este sentido, se considera que las necesidades permanentes de la administración pueden satisfacerse en el ejercicio de empleos permanentes, temporales, transitorios, o de otras modalidades de vinculación con el Estado autorizadas por la Ley, como los contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, respecto de la protección de la mujer embarazada, tenemos que la Corte Constitucional, en sentencia T-141 del 15 de febrero de 2008, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, señaló:

“3. La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración La estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política preceptúa que el Estado debe velar por la protección especial a ciertos grupos de personas, que teniendo en cuenta sus características particulares y posición dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación (artículo 13 Superior), como es el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo.

Esta protección se desprende de varios mandatos constitucionales y, en especial, de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53 superiores. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. No obstante, el artículo 43 Superior, consagra en favor de la mujer en estado de maternidad una protección de carácter especial al señalar que “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”. Tal protección se predica por ejemplo en el trabajo, debiendo ser amparada por la sociedad y el Estado en procura de garantizar que la vida que se está gestando, pueda a su vez desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. De igual manera, la disposición señala que es deber del Estado apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Así mismo, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. De conformidad con este artículo los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales son: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. Bajo este derrotero, la Constitución directamente protege la estabilidad en el empleo y la especial protección a la mujer en embarazo.

Al respecto en sentencia C-470 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estableció lo siguiente:

“... a mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones mas 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 sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada”.

Así mismo, la Corte en sentencia T-291 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteró que la estabilidad laboral reforzada es “un derecho fundamental (8), que se deriva del derecho fundamental a no ser discriminada por ocasión del embarazo (9) y que implica una garantía real y efectiva de protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia (10)”.

Por ende, la mujer en embarazo por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. Esta conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del

nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género.

De conformidad con lo anterior, la legislación colombiana ha reforzado la protección constitucional a la maternidad, con una serie de beneficios que amparan a las madres trabajadoras y ha consagrado la prohibición de despido por motivo de embarazo o lactancia (11).

Así mismo, por presunción legal se entiende que el despido se efectuó por causa de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los 3 meses posteriores al parto y sin autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, independientemente de la clase de relación laboral que exista (12).

De igual manera, esta Corporación en sentencia C-470 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero, señaló que el despido en los períodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo. En lo pertinente, la providencia dijo:

“(…) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.”

En consecuencia, si una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores: (i) el equivalente a los salarios de 60 días; (ii) 12 semanas de salario como descanso remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a que hubiere lugar según la modalidad del contrato (13).

Igualmente, la Corte ha sido enfática en señalar que “en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que esté operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal” (14).

De allí, que el juez constitucional deba verificar sobre la situación concreta, si existe relación de causalidad entre el despido y el estado de embarazo o lactancia de la trabajadora, que trasladen la controversia legal al plano constitucional, donde será por la afectación a derechos fundamentales de ésta y/o del recién nacido o por nacer, que el amparo a los mismos deba ser dado en acción de tutela. Para esta labor, la Corte Constitucional ha trazado unas condiciones especiales para la procedencia del amparo por vía de tutela.

4. Condiciones especiales para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada por vía de tutela de mujeres en estado de embarazo. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de la Corte, ha manifestado que por regla general, la acción de tutela no procede para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria, en caso de empleados privados o trabajadores oficiales y, la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativa para las empleadas públicas.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido (15) que si se alega que existe otro instrumento judicial, aquel debe ser idóneo y eficaz, que permita la protección inmediata de los derechos fundamentales de la misma forma en que lo haría la acción de tutela.

En esta medida, si una mujer en estado de embarazo es despedida, la Corte ha señalado que a fin de proteger el derecho constitucional a la

estabilidad laboral reforzada, la acción de tutela procede siempre y cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: (16)

“a) que el despido se ocasione 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.

“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.

“ e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.”

En suma, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de la mujer embarazada, es necesario que se cumplan las condiciones descritas anteriormente, con el fin de determinar, si el despido tiene una relación directa con el embarazo y saber si se configura un acto discriminatorio injusto, que tiene como consecuencia la aplicación de la presunción de despido en razón del embarazo, con la consecuente ineficacia del mismo y la posibilidad de obtener el reintegro la mujer afectada (17).

5. Vinculación de Empleados Supernumerarios en la Administración Pública.

La Sala considera necesario determinar la naturaleza de la vinculación del personal supernumerario en la Administración Pública, en aras de establecer si es posible la aplicación de la protección a la estabilidad laboral reforzada a las mujeres que en estado de embarazo, se encontraran vinculadas temporalmente como supernumerarias.

Para tal efecto, es necesario tener en cuenta que mediante el artículo 83 del decreto 1042 de 1978, se establece la facultad de vincular personal supernumerario en dos circunstancias: (i) en el evento en que sea necesario suplir las vacantes temporales de los empleados públicos que se encuentren en licencia o en vacaciones, (ii) o en el caso de que sea necesario desarrollar actividades de carácter transitorio. Por consiguiente, las funciones desarrolladas por dichos funcionarios giran únicamente en aquellas que no pueden ser ejercidas por el titular del cargo, por cuanto se encuentra ausente, o aquellas que por no ser parte de las actividades ordinarias dentro de la entidad respectiva, no pueden ser desarrolladas por los funcionarios de la misma.

Lo anterior significa que la vinculación de personal supernumerario constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración, que estará encaminado a desarrollar actividades meramente temporales. Sobre este punto, la Corte, mediante sentencia C-401 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, precisó: “Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública”.

Asimismo, en aquella oportunidad se explicó que la vinculación de personal supernumerario se diferencia del contrato de prestación de servicios profesionales, por cuanto en que en aquel se constituye una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, pese a que en su esencia es una relación de carácter temporal.

Por otra parte, en la aludida sentencia se señaló que si la administración acude a la vinculación de personal supernumerario con la finalidad de desarrollar funciones permanentes del servicio, se desnaturalizaría dicha figura, lo que implicaría el desconocimiento de los principios

constitucionales que erigen la carrera administrativa. Además, determinó que la vulneración de los principios constitucionales recae, no en la figura per se, sino en su utilización indebida, evento en el cual se deja abierta la posibilidad de acudir ante el juez respectivo con el objeto de dar aplicación al principio de rango constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades estipuladas. Al respecto, consideró:

“9. Como estatuto excepcional que es, se desnaturaliza cuando es empleado para cubrir necesidades distintas de aquellas para las que fue concebido. De esta manera, cuando la Administración, recurre a esta forma de vinculación de personal para cubrir necesidades permanentes de servicio, desconoce de facto los principios de rango constitucional que gobiernan la carrera administrativa, afectando en primer lugar a los servidores así vinculados, quienes no verán respetada la garantía de estabilidad en el cargo, y desconociendo también el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, de acuerdo con los méritos y capacidades de los aspirantes, todo lo cual va en detrimento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que, por mandato superior, deben regir la función pública.

10. Sin embargo, la inobservancia de los principios constitucionales que en este evento se produce de hecho, no radica en la norma misma que autoriza la vinculación temporal, ahora bajo examen, sino en su utilización desnaturalizada, que puede ser impedida por el ejercicio ante la jurisdicción de las acciones pertinentes. La disposición en sí misma, propende más bien por hacer efectivos los principios de celeridad y eficacia administrativas, impidiendo la paralización del servicio en los eventos de vacancia temporal de los empleados públicos o en aquellos en los cuales la atención de servicios ocasionales o transitorios distraería a los funcionarios públicos de sus actividades ordinarias.

Ya anteriormente esta Corporación se había pronunciado respecto de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando indicó que la realidad de una relación laboral se podía hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios, a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo”.

De igual manera, en la sentencia C-041/98 se determinaron las consecuencias jurídicas en las que incurriría la Administración Pública, en el supuesto de que hubiere dado una utilización indebida a los nombramientos de supernumerarios. Es el caso de mujeres embarazadas, que fueren desvinculadas en el momento en que se conociere su estado de gestación, con el pretexto del vencimiento del período para el cual fueron nombradas, cuando la respectiva entidad hubiere venido realizándoles nombramientos sucesivos y de duración fija.

En efecto, en dicha oportunidad, la Corte estableció que se abría la posibilidad de acudir ante el juez competente con el objeto de que hiciera prevalecer el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, precisando que ello no implicaría, en ningún caso, la posibilidad del acceso directo a la administración. Sobre este punto, se precisó:

“Sin embargo, la Corte debe aclarar que la demostración de la permanencia de la relación no permitiría, en ningún caso, el acceso directo a la carrera administrativa. Esta demostración tendría efectos tan solo frente al reconocimiento de las prestaciones sociales desconocidas, pues es sabido que para el acceso a dicha carrera, es necesario el cumplimiento de los requisitos de rango constitucional y legal exigidos para ello”

(...)

“Así las cosas, la mujer embarazada que demuestre una relación laboral permanente con la Administración, tendrá la protección que las leyes laborales determinan. En especial, tendrá derecho a que el juez de la causa le garantice, si no el acceso a la carrera administrativa, si el reconocimiento de las prestaciones laborales relativas a la protección especial a la maternidad, habida cuenta de la realidad de su vinculación permanente con el Estado.”

(...)

“Por lo tanto, si la mujer embarazada está vinculada temporalmente con la Administración, el vencimiento del término convenido pondrá fin a la relación laboral. Pero, si el vínculo no es en realidad un vínculo temporal sino permanente, aun si éste está disfrazado de una aparente temporalidad, en virtud de la vinculación sucesiva por períodos transitorios, debe reconocerse a la mujer la estabilidad laboral reforzada derivada de su estado de embarazo, y no será procedente su desvinculación.” (Negrilla fuera de texto original).

En este orden de ideas, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades estipuladas, en los eventos en los cuales se da por terminada la relación laboral de una funcionaria supernumeraria que se encuentre embarazada, aduciendo el cumplimiento del término para el cual fue vinculada, estará encaminado a determinar si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente, puesto que en el caso de que el mismo hubiere sido permanente, en el sentido de que la Administración le conceda una utilización indebida de la vinculación como supernumeraria, al ser nombrada por períodos fijos pero sucesivos, conllevará a que prime dicha permanencia y se le reconozca, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo.

-

Lo anterior por cuanto, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la funcionaria supernumeraria, la llegada del término para el cual fue vinculada no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a la mujer en razón de su embarazo.

De esta manera, queda claro que la protección de la estabilidad laboral reforzada se extiende a las servidoras supernumerarias. Al respecto, es pertinente recordar que esta Corporación ha precisado de manera enfática, que la protección a la estabilidad laboral reforzada se predica, de igual manera, a las mujeres vinculadas con la Administración Pública, tal y como se señaló mediante la Sentencia C-470 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte, la cual consideró lo siguiente:

“La Corte considera que, por 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 sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas.”

(...)

“Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

(...)

“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”.

Sobre este punto, la sentencia T-1008 de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández, indicó lo siguiente:

“Como se señaló inicialmente, la estabilidad laboral se predica de todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el patrono sea público o privado; pues lo que se busca es asegurarle al trabajador que su vínculo no se romperá de manera abrupta y por tanto su sustento y el de su familia no se verá comprometido por una decisión arbitraria del empleador. (18)”

Por su parte, la Corte en sentencia T-1177 de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería, reiteró que:

“en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo. Así lo expuso esta misma Sala al considerar en una oportunidad anterior, que al margen del tipo de relación laboral que esté operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón

del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal".(19)

Ahora bien, ponderando esta línea jurisprudencial con la sentencia C-401 de 1998, la Sala considera que debe entenderse que la protección a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en razón de su embarazo cubre aquellas funcionarias que ostenten la calidad de servidoras públicas o de trabajadoras oficiales, en el que se entiende incluidas a aquellas mujeres cuya vinculación se ocasionó en calidad de supernumerarias cuando quiera que éstas no hubieren prestado sus servicios de manera transitoria, teniendo en cuenta que lo primordial es el respeto a la protección especial reconocida durante el embarazo y aún después del parto, lo que acarrea que el vínculo con la Administración no puede ser suspendido o anulado por causa o con ocasión del estado de gravidez en el que se encontrare la respectiva funcionaria, independientemente del vínculo que se hubiere configurado con la Administración (20).

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que en el evento en que la administración otorgue permanencia a un nombramiento de supernumeraria de una mujer embarazada, y posteriormente proceda a desvincularla, conlleva a presumir que ha sido por su estado de gestación.

(...)

En esta medida, la Sala considera que no es viable el argumento señalado por el demandado en el que afirma que la desvinculación de la accionante obedeció al vencimiento del período, puesto, considera la Sala, que apenas tuvo conocimiento del estado de embarazo de la demandante procedió a desvincularla, sin hacerle un nuevo nombramiento como supernumeraria en el cargo que venía desempeñando. De esta manera, debe darse la aplicación del principio de rango constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades estipuladas, lo que genera, en principio, la posibilidad de que la actora se dirija ante el juez respectivo con el objeto de solicitar las prestaciones sociales a las que hubiere lugar por razón de su embarazo, salvo que la Sala encuentre que en el caso sub examine se cumplen los requisitos señalados jurisprudencialmente para el amparo excepcional del reconocimiento a la protección a la estabilidad laboral reforzada por vía de tutela, tal y como se reseñó en la parte considerativa de esta providencia.

(...)

Por lo expuesto, para esta Sala de Revisión, no queda duda que en el caso objeto de estudio, se encuentran demostrados los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corporación para la procedencia de la acción de tutela con la finalidad de amparar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia.

La conducta de los empleadores al desvincular laboralmente a mujeres protegidas por el fuero de maternidad, conduce a que las mismas se encuentren en estado de indefensión, puesto que, al quedar sin empleo se afecta su subsistencia y la de su hijo por nacer, lo cual genera conflictos que la sitúan en un total estado de desprotección. Al presentarse tal situación, su dilema trasciende de la órbita meramente legal, a la constitucional, dando cabida a la intervención del juez de tutela para proteger el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo (26).

Por lo anterior, es necesario proteger los derechos a la vida en condiciones dignas, al trabajo, a la condición especial de la mujer embarazada y el mínimo vital de la accionante y de su hijo, dado que no se demostró una causa objetiva que permitiese la desvinculación de la señora Eyiselly Claros Herrera, así como tampoco se realizó el respectivo procedimiento para la desvinculación de una mujer embarazada.

La misma Corporación en cuanto al retiro de la empleada (en este caso Supernumeraria) que se encuentra en estado de embarazo la Corte Constitucional en Sentencia T-204 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla, señaló:

"5.1. En consonancia con los artículos 13 y 43 de la carta y los distintos pronunciamientos internacionales, el legislador ha desarrollado la protección de la mujer embarazada, prohibiendo su despido por razón o causa de su estado. A este respecto, el artículo 239, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 (Código Sustantivo del Trabajo), dispone:

“PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado.”

“(…)”

Las disposiciones enunciadas, sin duda, permiten distinguir que la legislación laboral colombiana elevó a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia, aquél que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos, situación recalcada por la jurisprudencia de la Corte, entendido que esta desprotección constituye desconocimiento expreso de los artículos 13, 43 y 53 de la carta, puesto que restringe la libertad de optar por la maternidad, y porque tal estado pondría a la madre gestante a afrontar dificultades laborales, sociales y económicas, las cuales desde todo punto de vista son reprochables e inaceptables.

“(…)”

“En este sentido, advierte la Corte que por encima de cualquiera circunstancia relacionada con el aviso, oportuno o extemporáneo, que la mujer en estado de embarazo suministre al empleador, sea éste de carácter público o privado, y aún en ausencia de tal comunicación, prevalece sin excepción el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos le otorgan por razón de su gestación y de los derechos inmanentes al ser que está por nacer.”

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia, está prohibido el despido de la mujer embarazada por motivos de embarazo o lactancia. Para la caso concreto de la terminación de la relación laboral de una funcionaria temporal o supernumeraria que se encuentre embarazada, aduciendo el cumplimiento del término para el cual fue vinculada, debe determinarse si el vínculo de aquella con la Administración fue transitorio o permanente, puesto que en el caso de que el mismo hubiere sido permanente, en el sentido de que la Administración le conceda una utilización indebida de la vinculación como temporal o supernumeraria, al ser nombrada por períodos fijos pero sucesivos, conllevará a que prime dicha permanencia y se le reconozca, la protección a la estabilidad laboral reforzada derivada de su embarazo.

Para la Corte Constitucional, si se llegare a comprobar la permanencia en la relación laboral de la funcionaria, la llegada del término para el cual fue vinculada no sería el verdadero motivo por el cual se terminaría la relación laboral, sino lo sería su estado de gravidez, lo que significaría la vulneración a la protección que se le reconoce a la mujer en razón de su embarazo.

Por lo anterior, esta Dirección considera necesario que la Administración evalúe si se cumplen las condiciones especiales que la Corte Constitucional ha señalado para que proceda el amparo de estabilidad laboral reforzada para la Supernumeraria o empleada temporal que se encuentra en estado de embarazo, antes de proceder a su retiro por vencimiento del término.

Es importante tener en cuenta que de conformidad con el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y la sentencia C-401 de 1998, los Supernumerarios tienen derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios salariales de los servidores públicos; por tal razón, la licencia de maternidad de la Supernumeraria estará a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliada.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Maia Borja/CPHL/600.4.8./ER. 1446-13.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:41:25