



Función Pública

Concepto 107571 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000107571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000107571

Fecha: 17/03/2020 02:53:41 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral de empleada de libre nombramiento y remoción que se encuentra en licencia de maternidad. RAD. 20202060054312 del 10 de febrero de 2020.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual consulta si a una servidora nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, que se encuentra en licencia de maternidad, una vez la misma termine, se puede dar la declaratoria de insubsistencia, me permito manifestarle lo siguiente.

El Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", dispuso:

«ARTÍCULO 2.2.31.1. Prohibición de despido.

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

2. 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.

ARTÍCULO 2.2.32.2. 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.»

Ahora bien, en Sentencia T-494/00, la Corte Constitucional, señaló:

«Estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción

3. Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la mujer en embarazo “conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado” En efecto, esa conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer 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 sea objeto de discriminación de género.

(...)

5. Ahora bien, para el caso sub iudice, 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 precaria 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”. 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”

6. De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, (...)»

Como consecuencia de lo anterior, se tiene entonces que frente al caso consultado, y siempre y cuando el cargo no sea de periodo, la empleada pública que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción dentro de la administración, y se reintegra a su empleo luego de disfrutar de la licencia de maternidad, tendrá derecho a permanecer en su trabajo hasta los seis meses posteriores a la fecha del parto, con el fin de que la trabajadora cuente con la protección necesaria de la cual pueda derivar el estado de bienestar para ella y su hijo, dando de esta forma cumplimiento a la garantía fundamental.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015, estableció como causales de retiro en el artículo 2.2.11.1.1, entre otras, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, entendiendo esta como la facultad discrecional de que goza el nominador, sin embargo, y como ya se dejó indicado, para caso concreto, el nominador, solo podrá hacer uso de ella cuando, hayan transcurrido seis meses, posteriores a la fecha del parto.

Con 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:11:37