



Función Pública

Concepto 078701 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000078701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000078701

Fecha: 05/03/2021 02:37:11 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidades. Radicado: 20212060084332 del 17 de febrero de 2021.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta como se debe iniciar el conteo de licencia de maternidad a una persona que tuvo covid y luego tiene a su hijo, se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, razón por la cual solo se dará información general, respecto de los temas objeto de consulta.

El Decreto [19](#) de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, establece:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. - El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

De conformidad con lo anterior, se tiene que una vez se produzca la incapacidad, o licencia, es deber de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de la misma.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento a seguir en el evento que a una mujer embarazada se le incapacite y dicha incapacidad se cruza, con la semana del preparto establecida la Ley [1822](#) de 2017, 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, establece:

“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.

1. 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.

(...)

3. 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.

(...)

5. 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.

6. 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.”

De acuerdo con la norma transcrita, de conformidad con la razón médica, como la que describe en su escrito, 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 ley, en consecuencia, se deberá verificar dicha situación en el caso objeto de consulta.

Es importante hacer énfasis en que la incapacidad que se origine por enfermedad general se reconocerá y pagará en los términos del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968 y artículo 9 del Decreto 1848 de 1969; es decir, el pago de las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes; no obstante es necesario precisar que en atención al Decreto anteriormente citado, 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 iniciarla.

Es decir, se debe verificar lo dispuesto por el profesional de la salud respecto del Covid -19 y su incapacidad, y lo dispuesto una vez nace él bebe.

Ahora bien, debe tener en cuenta que de acuerdo con la norma transcrita, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por la administración, ante las EPS, así las cosas, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento, como tampoco involucrarlo es las diferencias surgidas entre la EPS y la administración.

Ahora bien, debe tener en cuenta que la licencia de maternidad, para el caso objeto de consulta deberá tener en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuáles serán sumadas a las dieciocho (18) semanas, por lo tanto, si la empleada solicita el reconocimiento, pago y disfrute de sus vacaciones al finalizar su licencia, la entidad podrá otorgarlas para que su disfrute inicie una vez se finalice la licencia de maternidad.

De otra parte, y frente al tema del retiro de la funcionaria, una vez termine la licencia de maternidad, 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, estableció.

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, (...)”

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces para el caso objeto de consulta, y siempre y cuando el cargo a que hace referencia su comunicación, no sea de período, la empleada pública que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción dentro de la administración, que 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.

Lo anterior, con el fin de que la trabajadora cuente con la protección necesaria, de la cual se deriva el estado de bienestar para ella y su hijo, dando con esto cumplimiento a la garantía fundamental.

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

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:22:59