



Concepto 456221 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000456221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000456221

Fecha: 20/12/2021 03:16:55 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Fuero de paternidad. Radicado: 20219000702312 del 12 de noviembre de 2021 y 20219000723112 del 30 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

“1. ¿La Ley 2141 de 2021, es extensiva a los empleados públicos nombrados mediante libre nombramiento y remoción, en especial a los hombres que tienen a cargo a su cónyuge por no tener empleo formal y está en estado de gestación o acaba de dar a luz?

2. ¿Un empleado público nombrado mediante libre nombramiento y remoción, y cuya esposa se encuentra en estado de embarazo y depende económicamente de dicho funcionario, puede ser removido del cargo o tiene le aplica fuero de estabilidad laboral?

3. ¿Un empleado público nombrado mediante libre nombramiento y remoción, y cuya esposa se encuentra en estado de embarazo y depende económicamente de dicho funcionario, pierde el fuero de estabilidad laboral al ser nombrado mediante libre nombramiento y remoción en otro cargo en la misma entidad?” (copiado del original con modificaciones de forma)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Ley 2141 del 10 de agosto de 2021, «Por medio de la cual se modifican los artículos 239 y 240 del CST, con el fin de establecer el fuero de paternidad», consagra:

ARTÍCULO 1º. Modifíquense los numerales 2 y 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y adiciónese 1 numeral nuevo, así:

ARTÍCULO 239. Prohibición de despido.

(...)

5. Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el numeral 1 del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La misma autorización se requerirá para despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, adjuntando prueba que así lo acredite o que se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo a la norma en cita, se prohíbe el despido de todo trabajador cuando:

- La cónyuge, la pareja o la compañera permanente sea gestante o lactante, y no tenga un empleo formal.

- Se notifica, verbal o por escrito, al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y presenta una declaración bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. Para estos efectos, el trabajador tiene hasta 1 mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo, siendo válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.

Si, el empleador quiere despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las 18 semanas posteriores al parto, sin un empleo formal debe contar con la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, adjuntando prueba que acredite su condición gestante o su afiliación como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

La Corte Constitucional con anterioridad a la expedición de la precitada Ley 2141 en sentencia 005 de 2017 reconoce la figura del fuero de paternidad, así:

Esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa “es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislator”. En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas.

Entonces, la protección, ante el vacío normativo existente, era extensiva al padre cuando la mujer gestante o lactante fuera beneficiaria del sistema de seguridad social del trabajador, en cumplimiento de los principios constitucionales.

Ahora bien, tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, estos, no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, por cuanto ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública (Ley 909 de 2004, art. 41, parágrafo 2). Es importante mencionar que a la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad; tal como lo expresa el Consejo de Estado - Sección Segunda en sentencia núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarcisio Cáceres Toro:

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Es importante resaltar que el acto de declaratoria de insubsistencia goza de la presunción de legalidad. Al respecto, la Sentencia SU-070 de 2013 unifica la protección laboral reforzada a las mujeres embarazadas según la vinculación laboral. Para el caso que nos ocupa citaremos aparte de lo dicho cuando se ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción el cual, es comparable al caso materia de consulta cuando aplica el fuero de paternidad, en los siguientes términos:

(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente^[165]:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores:

(a) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.^[166]

(...)

Modalidad	Conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo	Falta de conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo
Cargos de libre nombramiento y remoción	1. Protección integral. Se debe ordenar el reintegro y el pago de las erogaciones dejadas de percibir en los términos del artículo 239 del C.S.T.	1. Protección débil. Se debe ordenar el pago de las cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Posteriormente, la sentencia T-734 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, reiterando jurisprudencia, sobre la desvinculación del servicio público de empleadas en empleos de libre nombramiento y remoción en estado de embarazo o durante el puerperio, refiere:

Por su parte, los cargos de libre nombramiento y remoción cuya situación es completamente diferente a los empleos de carrera, plantean que la vinculación, permanencia y retiro depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.^[5] A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de determinadas funciones previstas en el ordenamiento jurídico. Cuando no lo son, la Carta autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas que a juicio del nominador se adecuen a los requerimientos institucionales.^[6]

La persona vinculada a la administración pública mediante esta modalidad de empleo, puede ser removida de su cargo por voluntad discrecional del nominador. Por ello, tal y como lo ha considerado el intérprete constitucional en sus pronunciamientos, la estabilidad laboral de un empleado de libre nombramiento y remoción es precaria frente al vinculado mediante carrera. Por ejemplo, en sentencia C

734 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte manifestó que “En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.”

Empero, este lineamiento no puede ser entendido de manera absoluta, en vista de que puede darse el caso en el que se trate de una empleada vinculada a la administración en un cargo de libre nombramiento y remoción, que al momento de la desvinculación se encuentre en estado de embarazo, cuestión que debe ser armonizada a partir de la especial protección que la Constitución Política brinda a las mujeres en ese estado.

La especial protección constitucional a la mujer durante el período de gestación y después del parto y la prohibición de discriminación por esa razón, se garantiza con particular énfasis en el ámbito laboral (Arts. 43 y 53 de la Constitución), 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 sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”.^[8] 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, a menos que exista una razón suficiente y constitucionalmente admisible que permita su desvinculación, diferente por supuesto a su estado de embarazo.

Bajo este contexto, el Tribunal Constitucional ha señalado 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 (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 239). De esta forma, le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, explicando de manera suficiente y razonable que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causa del embarazo, sino que se presentó una razón objetiva que lo habilitó para efectuar la desvinculación, cuestión que desde la perspectiva constitucional resulta plausible y no vulnera derechos fundamentales.

Ahora bien, esa protección reforzada también se predica de las trabajadoras que se encuentran vinculadas con la administración en cargos de libre nombramiento y remoción, no obstante su estabilidad precaria. Sobre este aspecto, esta Corporación ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo se aplica tanto a la mujer que se encuentra vinculada mediante 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.^[9] En consecuencia, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada, así se trate de cargos de libre nombramiento y remoción, a menos que el nominador justifique adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable por una razón ajena al embarazo, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación.

Con base en lo anterior, se concluye que la especial protección constitucional de la trabajadora durante el período de gestación ó dentro de los tres meses siguientes al parto, cualquiera que sea el tipo de vinculación (contrato de trabajo, carrera administrativa ò libre nombramiento y remoción), impone una carga argumentativa específica del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, de tal forma que la finalización de la relación laboral obedezca a razones ajenas al embarazo.^[10]

Así las cosas y como quiera que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de naturaleza residual y subsidiaria, que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, no es esta la vía procesal idónea en principio para ordenar el reintegro a un cargo, a menos que se configuren los requisitos fácticos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, a saber: "(i) 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); (ii) 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; (iii) 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; (iv) 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; (v) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer."

En consecuencia, en este caso, si bien los empleos de libre nombramiento y remoción se revocan a discrecionalidad del nominador sin motivación; sin embargo, cuando se trata de una mujer embarazada o lactando, el nominador debe justificar el acto administrativo de retiro que el mismo es necesario e indispensable y, además es por razones ajenas al embarazo.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. ¿La Ley 2141 de 2021, es extensiva a los empleados públicos nombrados mediante libre nombramiento y remoción, en especial a los hombres que tienen a cargo a su cónyuge por no tener empleo formal y está en estado de gestación o acaba de dar a luz?

R/ La Ley 2141 de 2021, al igual que la Ley 1822 de 2017 es aplicable a los empleados públicos por expresa remisión del artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 1083 de 2015.

2. ¿Un empleado público nombrado mediante libre nombramiento y remoción, y cuya esposa se encuentra en estado de embarazo y depende económicamente de dicho funcionario, puede ser removido del cargo o tiene le aplica fuero de estabilidad laboral?

R/ El empleado nombrado en empleos de libre nombramiento y remoción puede ser removido del cargo, a pesar de tener fuero de maternidad, siempre y cuando el nominador motive el acto que lo desvincula a efectos de observar que las razones que conllevaron al retiro no obedecen al estado de su cónyuge, pareja o compañera permanente.

3. ¿Un empleado público nombrado mediante libre nombramiento y remoción, y cuya esposa se encuentra en estado de embarazo y depende económicamente de dicho funcionario, pierde el fuero de estabilidad laboral al ser nombrado mediante libre nombramiento y remoción en otro cargo en la misma entidad?

R/ El fuero de maternidad en empleos de libre nombramiento y remoción procede siempre y cuando informe al empleador de la condición de su cónyuge, pareja o compañera permanente hasta dentro del mes siguiente al que tuvo conocimiento de su condición.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:54:47