



Función Pública

Concepto 427611 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000427611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000427611

Fecha: 01/12/2021 03:50:43 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Embarazadas. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de Maternidad. Radicado No. 20219000699442 de fecha 10 de noviembre de 2021.

Respetada señora,

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta dos interrogantes relacionados con la licencia de maternidad, me permito manifestar que los mismos serán respondidos en el orden consultado.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

1. Empleado en libre nombramiento y remoción *¿Hasta cuándo va mi fuero de maternidad, si me reintegro el 1 de febrero de mi periodo de licencia cuando podrían retirarme del cargo?*

Respecto de la protección a la mujer en estado de embarazo, la Constitución Política de Colombia, señala:

“ARTICULO 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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” (Resaltado nuestro).

Adicional a lo anterior, 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. (...)

Ahora bien, para el caso sub examine, es importante mencionar la característica esencial de los empleos de libre nombramiento y remoción correspondiente a que suponen una estabilidad precaria en el mismo la cual está señalada en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto, es evidente la contraposición de dos principios constitucionales, por un lado, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, por el otro, 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, (...)

En este contexto, se concluye que, para el caso en concreto, y siempre y cuando el cargo a que hace referencia su comunicación, no sea de periodo, la empleada que ocupa el 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 (6) meses posteriores a la fecha del parto.

No obstante, 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.

2. “Si renuncio antes de finalizar mi licencia de maternidad (ejemplo a mediados de enero) podría firmar contrato o posesionarme en un cargo en otra entidad, aunque mi licencia no haya finalizado.”

Descendiendo al segundo interrogante, relacionado con la posibilidad de posesionarse en un cargo en otra entidad sin haber finalizado el lapso de la licencia de maternidad, esta Dirección Jurídica ha sido consistente en indicar que la prestación social por maternidad es un derecho de toda trabajadora en estado de embarazo consistente en el descanso de dieciocho (18) semanas remuneradas, las cuales se liquidarán "con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. Se trata así de un derecho laboral de carácter sustantivo con efectos económicos y temporales en la relación laboral de la cual se origina, en favor del sector de los trabajadores públicos y privados, a cargo del sistema de régimen contributivo al cual se encuentra afiliada, o del propio empleador si no lo está, independientemente de si estén o no cobijados por el sistema integral de seguridad social en salud de la ley 100 de 1993

Es necesario considerar que la licencia remunerada tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido.

Adicionalmente, el Artículo 53 de la Constitución política señala que las leyes laborales tendrán en cuenta los principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, protección especial a la mujer, a la maternidad entre otros; derechos y garantías mínimos que son irrenunciables.

Teniendo en cuenta lo anterior, la licencia de maternidad se constituye como un derecho irrenunciable de la trabajadora. En ese sentido, se considera que no es procedente que la empleada renuncie al disfrute de su licencia de maternidad, por cuanto es un beneficio mínimo laboral irrenunciable y por cuanto dicha licencia no es solamente para beneficiar a la trabajadora, sino que tiene también como fin proteger al niño recién nacido y garantizarle el cuidado y amor por parte de la madre, lo cual tiene incidencia en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos.

Para más 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 [/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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:20:37