



Función Pública

Concepto 396321 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000396321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000396321

Fecha: 03/11/2021 10:42:35 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Trabajadora Oficial Embarazada. RADICACIÓN. 20219000678742 de fecha 25 de octubre de 2021.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: “¿Es aplicable la estabilidad laboral reforzada por maternidad teniendo en cuenta que funcionaria no informó previamente su desplazamiento al extranjero y su estadía persiste fuera de Colombia; además si cabe algún tipo de falta o si se está en curso de una falta al contrato de trabajo?”, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero mencionar que la Ley 489 de 1998, establece lo siguiente frente a las características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado:

“ARTÍCULO 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994.

(...).”

(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son organismos del sector descentralizado por servicios, creados por la ley o autorizados por ésta y que tienen como característica desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado.

El régimen jurídico laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se encuentra establecido en el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, el cual señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior puede afirmarse que por regla general la clase de vínculo de quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es la de trabajadores oficiales.

Ahora bien, con relación al retiro de trabajadora embarazada, la Corte Constitucional en Sentencia T-098 del 10 de marzo de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó:

“3.5.7. La figura de la “estabilidad laboral reforzada” ampara usualmente a mujeres embarazadas y en estado de lactancia, trabajadores con fuero sindical y personas con discapacidad. De acuerdo con la sentencia T-002 de 2011, en el caso de las últimas la mencionada figura es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral”.

(...).

De acuerdo con el mismo fallo, tal protección implica “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador”.

El efecto más relevante de la “estabilidad laboral reforzada” es la ineficacia del despido del trabajador amparado cuando la razón del mismo es la condición especial que lo caracteriza.

(...)

3.5.9. Adicionalmente se ha establecido una presunción en contra del empleador cuando en el despido no media la autorización de la autoridad laboral competente, la cual se encuentra justificada, de acuerdo con la sentencia T-1083 de 2007, en que el hecho de “exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. (...) La complejidad de dicha prueba aumenta, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho.”

Por otra parte la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia Su-070 del 13 de febrero de 2013, se pronunció sobre el retiro de trabajadora embarazada en los siguientes términos:

“La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “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”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento

constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

(...)

Con el fin de asegurar la eficacia de la prohibición de despedir a trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, el artículo 240 del mismo Código prescribe que, para que el empleador pueda proceder a despedir a la mujer embarazada o lactante, debe solicitar previamente una autorización ante el Inspector del Trabajo o el Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Esta autoridad sólo podrá otorgar el permiso si verifica la existencia de alguna de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, de esa forma se descarta la posibilidad de que la razón del despido sea el embarazo o la lactancia, es decir, se excluye la existencia de una discriminación.

(...)

El conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido.

(...)

El conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no exige mayores formalidades. Este puede darse por medio de la notificación directa, método que resulta más fácil de probar, pero también, porque se configure un hecho notorio o por la noticia de un tercero, por ejemplo. En este orden de ideas, la notificación directa “es sólo una de las formas por las cuales el empleador puede llegar al conocimiento de la situación del embarazo de sus trabajadoras, pero no la única”. Siguiendo lo anterior, la Corte ha entendido que algunas de las circunstancias en las cuales se entiende que el empleador tenía conocimiento del estado de embarazo de una trabajadora, aun cuando no se le hubiese notificado directamente.”

Conforme a la jurisprudencia transcrita, el fuero de estabilidad laboral reforzada procede para la trabajadora en estado de embarazo y lactante, para efectos de evitar que sufra detrimento en su condición de vulnerabilidad como consecuencia de una desvinculación sin la autorización del Ministerio de trabajo o la autoridad competente a falta de éste, lo cual genera en este caso una presunción en contra del empleador; siendo el efecto más relevante de la estabilidad laboral reforzada la ineficacia del despido.

Ahora bien, la protección especial de estabilidad laboral conferida a la trabajadora embarazada, es aplicable tanto a empleadas nombradas con carácter transitorio en empleos de período, en provisionalidad o con derechos de carrera en cargos de carrera, en empleos de libre nombramiento y remoción, así como a trabajadoras oficiales respecto de cualquier escenario que no materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

Conforme a lo expuesto y atendiendo los criterios de la jurisprudencia transcrita, la protección de estabilidad laboral reforzada, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el presente caso, implica el derecho a conservar el empleo; a no ser despedida la trabajadora en razón de la situación de vulnerabilidad; a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando no se configura una causal objetiva que conlleve a su retiro del servicio y; a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad de la trabajadora embarazada.

Ahora bien, es importante precisar que el régimen laboral de los trabajadores oficiales se ciñe a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. De igual forma y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a la Ley 6 de 1945, al Decreto 2127 de 1945 que fue compilado en el Decreto 1083 de 2015, y demás normas que los modifican o adicionan.

En este sentido, los trabajadores oficiales se vinculan mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que van a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de

derechos laborales. La relación laboral del trabajador oficial con la administración tiene implicaciones bilaterales, esto es, significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo, la jornada laboral, los salarios, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

Por lo tanto, las relaciones de los trabajadores oficiales con la Administración, se regulan en material laboral por lo establecido en el contrato de trabajo, el reglamento interno, y dada su condición para suscribir convenciones colectivas, también se sujetan a lo establecido en las mismas.

En este orden de cosas, establece el Decreto 1083 de 2015, sobre la terminación del contrato con justa causa y de forma unilateral por el trabajador lo siguiente:

“ARTICULO 2.2.30.6.1. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio

ARTÍCULO 2.2.30.6.11. Terminación del contrato de trabajo. El contrato de trabajo termina:

- 1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo.*
- 2. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.*
- 3. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio.*
- 4. Por mutuo consentimiento.*
- 5. Por muerte del asalariado.*
- 6. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el numeral 3o. del artículo 2.2.30.6.8 del presente Decreto, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.*
- 7. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 2.2.30.6.12 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto.*
- 8. Por sentencia de autoridad competente.*

ARTICULO. 2.2.30.6.14. También podrán las partes reservarse la facultad de terminar unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso dado a la otra con una antelación que no podrá ser inferior al período que, de conformidad con el contrato o el reglamento interno, o con la costumbre de la región, regule los pagos del salario. Esta reserva solo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma. Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período.”

En consecuencia, el empleador podrá dar por terminado el vínculo laboral con el trabajador oficial, siempre que la causal se encuentre prevista en el contrato de trabajo, en la convención colectiva o reglamento interno de trabajo.

Por último y con relación a su pregunta de si para el caso de la consulta procede algún tipo de falta o si se está en curso de una falta al contrato de trabajo, es procedente decir que esta Dirección Jurídica no es la competente para pronunciarse con relación a temas en materia disciplinaria.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que la protección de estabilidad laboral reforzada, implica el derecho a conservar el empleo; a no ser despedida la trabajadora en razón de la situación de vulnerabilidad; a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando no se configura una causal objetiva que conlleve a su retiro del servicio y; a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad de la trabajadora embarazada. Adicionalmente, es importante mencionar que de las normas emitidas por el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid-19 y en especial, las disposiciones de la Ley 2088 de 2021 no se evidencia una que sancione al/la funcionario/a o trabajador/a oficial que no notificó a la entidad su cambio de domicilio. Lo que establecen las diferentes normas, es que en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, tales como la ocasionada por la pandemia por covid-19, el/la servidor/a podrá prestar sus servicios bajo la modalidad de trabajo en casa.

instalaciones físicas de la entidad o el retorno a la prestación del servicio de manera presencial. Por lo tanto debe estar disponible en su domicilio, en caso de cambio del mismo, se le deberá notificar a la entidad.

Me permito indicarle que 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 link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suárez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:12:48