



Concepto 076351 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000076351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000076351

Fecha: 22/02/2023 08:05:24 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de maternidad empleo de libre nombramiento y remoción. RAD. 20232060049092 del 24 de enero del 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: "(...) Pregunta: ¿Hasta cuándo (fecha) tiene vigente la funcionaria, la protección por estabilidad laboral reforzada por su gestación? ¿A partir de qué momento (fecha), el nominador de la entidad puede prescindir de los servicios de esta persona, y pedir su renuncia? (...)" al respecto me permito informar lo siguiente:

En primer lugar, la Constitución Política, en su artículo 43 regula sobre el tema lo siguiente:

"ARTÍCULO 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (Subrayado fuera de texto).

La Ley 1822 de 2017, por el cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1:

"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.

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.

Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

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.

Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

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

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.

(...)” (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo antes expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

En cuanto a su duración el Decreto 1083 de 2015¹, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.10 Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

ARTÍCULO 2.2.5.5.12 Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.”

De acuerdo a lo anterior, la duración de la licencia será por el término que ley establece, es decir 18 semanas, término que no podrá ser disminuido ni aumentado.

Ahora bien, en cuanto al retiro del empleo de la servidora pública embarazada, le informo lo siguiente:

La Ley 909 de 2004² señala:

“ARTÍCULO 51. Protección a la maternidad.

(...)

Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1°. Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2°. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 establece:

“ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.

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

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.”

La Corte Constitucional en sentencia C-470 de 1997, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, respecto al despido de las empleadas públicas en estado de embarazo, consideró:

“La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.”

La misma Corporación en sentencia T-494 de mayo 4 de 2000, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en cuanto al fuero de estabilidad de las empleadas de libre nombramiento y remoción en embarazo, expresó lo siguiente

“Estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción

Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades³ que la mujer en embarazo “conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado”⁴. 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.

En este orden de ideas, la especial protección constitucional a la mujer embarazada y la prohibición de discriminación por esa razón, se detiene con particular énfasis en el ámbito laboral, 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”⁵. 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 por esta razón

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho 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. De ahí pues que, el empleador debe desvirtuar tal presunción, explicando suficiente y razonablemente que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causas imputables al embarazo.

Ahora bien, para el caso sub índice, 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 precaria⁶ 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”⁷. 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”⁸

De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, impone una carga argumentativa estricta del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, como quiera que corresponde a la administración demostrar que la decisión no se produce por causas arbitrarias y ajenas al embarazo. En otras palabras, el nominador que “hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro”⁹.

(...)

Motivación del acto administrativo que desvincula a una mujer embarazada

Como se explicó en precedencia, el acto administrativo que retira del servicio a una mujer embarazada debe ser motivado, lo que constituye una excepción a la regla general según la cual la nominación y la declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción no requiere motivación. Por consiguiente, es el propio acto de la administración el que permite distinguir decisiones arbitrarias y discrecionales en asuntos como el que estudia la Sala, con lo cual es posible reprochar jurídicamente las primeras y aprobar las segundas. Es más, la importancia de la teoría del control de los motivos en el ordenamiento jurídico ha sido explicada por la Corte Constitucional así:

“la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”¹⁰

Así las cosas, se reitera que el acto administrativo que retira del servicio a una trabajadora embarazada debe ser motivado. Sin embargo, esto no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido¹¹. Solo así el Estado Social de Derecho puede garantizar no sólo el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada sino también los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad de la función administrativa (C.P. art. 209).

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, precisamos que el estado de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada opera independiente del vínculo laboral, es decir que se predica a mujeres vinculadas mediante contrato laboral a término fijo o de duración indefinida, de prestación de servicios, de obra o labor, salvo aquellas vinculadas mediante periodo institucional, quien, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

Es claro entonces, que respecto de la funcionaria de libre nombramiento y remoción existe la prohibición de despedirla por motivos de embarazo y lactancia; además 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.

En relación a su primer interrogante, *¿Hasta cuándo (fecha) tiene vigente la funcionaria, la protección por estabilidad laboral reforzada por su*

gestación?

Respuesta: Como se dejó expuesta en la normativa antes citada la funcionaria de libre nombramiento y remoción tendrá una protección especial durante el embarazo y lactancia, además los 3 meses siguientes a la fecha del parto.

En relación a su segundo interrogante, *¿A partir de qué momento (fecha), el nominador de la entidad puede prescindir de los servicios de esta persona, y pedir su renuncia?*

Respuesta: Sea lo primero señalar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016³, 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.

Por consiguiente, este Departamento no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión esta atribuida a los jueces. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente para lograr el reconocimiento y declaración de derechos, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido. De igual manera carece de competencia para intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control o vigilancia, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades, así como pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de las actuaciones y de los actos administrativos que en el ejercicio de sus funciones y facultades expidan las demás entidades del Estado, razón por la cual no es posible pronunciarnos sobre el particular.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link 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.

Cordialmente.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Yaneirys Arias.

Revisó: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

³ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:03:57