Función Pública

Concepto 286241 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000286241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000286241

Fecha: 10/07/2023 01:21:27 p.m.

Referencia: CARRERA ADMINISTRATIVA. Pérdida de derechos de Carrera. Radicado. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA. Licencia de Maternidad. 20232060620912 de fecha 15 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a esta dependencia por parte del Ministerio de Trabajo el 15 de junio de 2023, mediante la cual consulta: *¿Cuál es el tiempo de lactancia legal en Colombia? ¿Pueden separarme del cargo nuevamente estando lactando y culminado una vez mi licencia de maternidad?"* (Sic), me permito manifestarle:

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016[1], este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normativa vigente, sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; no funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república, por lo tanto, la resolución de los casos concretos corresponde a cada entidad, en consecuencia, solo se dará información general, respecto del tema objeto de consulta.

Con relación a su primer interrogante relacionado con: *¿Cuál es el tiempo de lactancia legal en Colombia?* Me permito señalar lo siguiente:

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

El Decreto 1083 de 2015[2]en relación con las licencias de maternidad establece:

"(...) 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.

(...)"

Con respecto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Ley 1822 de 2017[3], por la cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1 lo siguiente, a saber:

"(...) 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. (...)" (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anteriormente 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, 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.

Así mismo, el Decreto 019 de 2012[4], dispuso:

"(...) 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. (...)" (Subraya

fuera de texto)

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 la EPS, en cuanto al pago, la Entidad podrá efectuarlo directamente con el fin de garantizar los beneficios salariales que disfrutará en licencia de maternidad y no desampararla en sus derechos y los de su hijo, y posteriormente hace un recobro a la EPS respectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior y para darle respuesta puntual a su interrogante esta Dirección Jurídica se permite manifestarle que de acuerdo al caso referido en su consulta, la empleada que es retirada del cargo y se encuentre en estado de embarazo, deberá recibir por parte de la entidad la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen a la empleada desvinculada, el disfrute de la licencia de maternidad por el tiempo que corresponde a (18) semanas y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Respecto a su segundo interrogante mediante el cual consulta en relación con: *¿Pueden separarme del cargo nuevamente estando lactando y culminado una vez mi licencia de maternidad?"*

Teniendo en cuenta que en su consulta no resulta claro el motivo de su retiro, es pertinente señalar que, en cuanto al nombramiento de los Gerentes de una Empresa Social del Estado, la Ley 1797 de 2016[5]establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, sólo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la Republica procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo."

En cuanto al nombramiento de los Gerentes de ESE la norma es clara en señalar que estos serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, la cual debe estar precedida por el cumplimiento de requisitos y de la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, igualmente serán nombrados por periodos de 4 años el cual inicia desde su posesión hasta 3 meses después del inicio del periodo del alcalde.

Así mismo, la norma señala que los gerentes de las ESE podrán ser retirados de dicho periodo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión de acuerdo con el procedimiento de la Ley 1438 de 2011[6]y por destitución o por orden judicial.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, se deberá verificar si el retiro del servicio del cargo en el cual se desempeñaba como gerente de la ESE se originó por alguna de las causales estipuladas en la norma antes descrita, en ese sentido y atendiendo puntualmente su interrogante es procedente la separación del cargo, pero teniendo en cuenta y de acuerdo a lo que se ha señalado en virtud de la licencia de maternidad, la entidad deberá garantizarle el disfrute y pago de la licencia de maternidad por el tiempo que corresponde a (18) semanas.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ã¢¿ 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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Carolina Rivera

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

2Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

3Por 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

4Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

5 Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones.

6 Por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones'

Fecha y hora de creación: 2025-07-14 16:41:10