Función Pública

Concepto 026771 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000026771

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000026771

Fecha: 17/01/2024 03:18:25 p.m.

Bogotá D.C.

REF . ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. RAD. 20239001074942 del 4 de diciembre del 2023.

En atención a la comunicación mediante la cual consulta, "*¿Hasta cuando existe el fuero maternidad y lactancia para una trabajadora de libre nombramiento y remoción?, teniendo en cuenta la nueva ley 2306 donde se amplía la lactancia hasta los 2 años del niño o niña si esa modificación también amplió la prohibición de terminar el contrato inclusive para las mujeres lactantes en cargos de libre nombramiento y remoción, con hijos desde los 6 meses hasta los 2 años"* me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad establecido en el Decreto 430 de 2016[1] 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 ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca en la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta procedente el retiro de una empleada que ejerce empleo de libre nombramiento y remoción y se encuentra embarazada, al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

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 sicológica, 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 sicológica 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:

L*a 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 éste 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, respecto de cualquier escenario que no materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

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.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, me permito indicar que en el link https://www.funcionpublica.gov.co/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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Mcaro

Reviso: Maia Borja

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-07-09 04:07:00