

**PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD PARA EMPLEADAS DE CARRERA
ADMINISTRATIVA EN LA LEY 909 DE 2004**

ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE

**SAN JUAN DE PASTO
UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2007**

**PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD PARA EMPLEADAS DE CARRERA
ADMINISTRATIVA EN LA LEY 909 DE 2004**

ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE

**Trabajo presentado para optar al título de
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

Asesor: Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

**SAN JUAN DE PASTO
UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2007**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1º del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966.
Emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
ASESOR

DRA. ISABEL GOYES MORENO
JURADO

DRA. MONICA HIDALGO OVIEDO
JURADO

SAN JUAN DE PASTO, FEBRERO 27 DE 2007

“ A mis familiares y amigos, especialmente a mis padres, a mis hermanos y a mi novia... y a una persona maravillosa que lastimosamente no pudo verme concluir este postgrado, mi abuelo, que desde el cielo nos bendice y nos guía con su infinito amor...”

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	
1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MATERNIDAD	12
2. GENERALIDADES DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA	19
2.1 PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL INGRESO Y ASENSO EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA.	23
2.2 PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO	24
2.3 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA PERMANENCIA EN EL SERVICIO	26
2.4 EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO	26
2.5 CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO	27
2.6 PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA	28
2.7 DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO POR CALIFICACIÓN NO SATISFACTORIA.	29
2.8 SUPRESION DEL CARGO	29
3. DERECHOS DERIVADOS DE LA MATERNIDAD EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD	31
3.1 DERECHOS ASISTENCIALES	31
3.2 DERECHOS PRESTACIONALES	33
4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD	37
4.1 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	37
4.2 JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	44
5. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN LA LEY 909 DE 2004	48
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

RESUMEN

El presente trabajo pretende describir los derechos que se derivan de la protección constitucional y legal de la maternidad para las empleadas de carrera administrativa en Colombia, al igual que los beneficios que les ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En este sentido se presenta el desarrollo legal del principio constitucional de protección de la maternidad, el régimen jurídico vigente de carrera administrativa, los derechos de las trabajadoras embarazadas en el plan obligatorio de salud, el desarrollo jurisprudencial de la protección a la maternidad en la Corte Constitucional y Consejo de Estado, y las medidas de protección especial consagradas en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004.

Este texto muestra el marco jurídico vigente en Colombia que regula la protección a la maternidad y los derechos que de ella se derivan, aplicado a las distintas situaciones administrativas que pueden presentarse para el caso de las servidoras públicas en desarrollo y aplicación de la Carrera Administrativa regulada mediante Ley 909 de 2004, para concluir que existe coherencia entre el mandato constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, y la normatividad incorporada en el régimen de carrera administrativa regulado mediante la Ley 909 de 2004.

ABSTRACT

The present work seeks to describe the rights that are derived of the constitutional and legal protection of the maternity for the employees of administrative career in Colombia, the same as the benefits in the General System of Social security in Health.

In this sense the legal development of the constitutional principle of protection of the maternity, the effective juridical régime of administrative career, the rights of the workers embarrassed in the obligatory plan of health is presented, the development of the protection to the maternity in the jurisprudence of the Constitutional Court and Council of State, and the measures of special protection consecrated in the article 51 of the Law 909 of 2004.

This text shows the effective juridical mark in Colombia that regulates the protection to the maternity and the rights that are derived of her, applied to the different administrative situations that can be presented for the case of the public servants in development and application of the Administrative Career regulated by means of Law 909 of 2004, to conclude that coherence exists among the constitutional command, the jurisprudence of the Constitutional Court and Council of State, and the protection incorporated in the régime of administrative career regulated by means of the Law 909 of 2004.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido realizado con el objeto de cumplir con uno de los requisitos exigidos para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño; analizando la protección a la maternidad que consagra el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente la Ley 909 de 2004 para las empleadas de carrera administrativa, haciendo referencia a la orientación de jurisprudencial sobre el particular y su coherencia o incoherencia con el mandato Constitucional.

La Ley 909 de 2004 por medio de la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, entre otras disposiciones, en su Artículo 51 contiene una regulación específica en materia de protección a la maternidad; la cual fue objeto de estudio en armonía con los principios constitucionales de protección a la maternidad y según los principios y derechos que establece el Plan Obligatorio de Salud para las servidoras públicas como afiliadas del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud establecido mediante la Ley 100 de 1993.

En este sentido, se presenta el marco jurídico vigente en Colombia que regula la protección a la maternidad y los derechos que de ella se derivan, aplicado a las distintas situaciones administrativas que pueden presentarse para el caso de las servidoras públicas en desarrollo y aplicación de la Carrera Administrativa regulada mediante Ley 909 de 2004.

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA MATERNIDAD

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, Colombia se estableció como un Estado Social de Derecho, cuyos principios se orientan a asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, en un orden político, económico y social. La Carta Política abrió paso a grandes transformaciones institucionales al interior del Estado, estableciendo principios desarrollados por la Legislación como la PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, que se manifiesta en estabilidad relativa en los empleos y el reconocimiento de una prestación económica, principalmente.

En la Constitución Política de 1991, se establecieron tres normas fundamentales relacionadas con el Servicio Público en Salud, a saber:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los

requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del sistema general de pensiones”.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. A partir de la vigencia del presente acto legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

INC.—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

PAR. 1º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

PAR. 2º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

PAR. TRANS. 1º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

PAR. TRANS. 2º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la fuerza pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del sistema general de pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

PAR. TRANS. 3º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

PAR. TRANS. 4º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

PAR. TRANS. 5º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

PAR. TRANS. 6º—Adicionado. A.L. 1/2005, art. 1º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

NOTA: Normas internacionales concordantes:

— Declaración universal de derechos humanos, artículo 22 (§ 7032).

— Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 74 de 1968, artículo 9º (§ 7069).

— Convención americana sobre derechos humanos, Ley 16 de 1972, artículo 26 (§ 0040-1).

- *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Ley 51 de 1981, artículo 12 (§ 0571).*
 - *Convención sobre los derechos del niño, Ley 12 de 1991, artículos 18 y 26 (§ 0587-1, 0587-26)*
 - *Convención sobre el estatuto de refugiados, Ley 35 de 1961, artículo 24.*
 - *Convenio III de Ginebra, artículos 54 y 68.*
 - *Convenio IV de Ginebra, artículos 40 y 95.*
 - *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (§ 0707).*
- Desarrollo legal de la norma:*
- *La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral.*
 - *La Ley 516 de 1999 aprueba el Código Iberoamericano de Seguridad Social.*

ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

ARTICULO 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

En el Artículo 53 de la Carta, se dispuso que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo, cuya ley debe incluir unos principios mínimos fundamentales, a saber: igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad** y al trabajo del menor de edad.

La protección en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el Convenio No. 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el Convenio No. 103 en el año de 1952, convenios que indudablemente han tenido gran trascendencia e influencia en nuestra legislación con respecto al tema de la maternidad. Otro aporte importante son las Recomendaciones No 12 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), relacionadas con la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura, y con el descanso por maternidad.

El Marco Jurídico en Colombia ha protegido la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano. La regulación inició con la expedición de la Ley 53 de 1938, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, se extendió con los Decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990.

En el sector público, mediante el Decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció en el llamado "Fuero de Maternidad", que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en la norma y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, en el evento de las que tienen una relación legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo.

Asimismo, la Ley 50 de 1990 amplió la protección que ya le había dado a la "madre adoptante" a través de la Ley 24 de 1986.

La Constitución Política de 1991 le dio rango constitucional a una serie de principios tuitivos, encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada. El artículo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozará, durante el embarazo y después del parto, de la especial asistencia y protección del Estado y recibirá un subsidio alimentario de éste si para entonces estuviese desempleada o desamparada

Según la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional¹, la protección a la maternidad, como principio constitucional, asume respecto de la actuación normativa del Legislador la connotación de “Parámetro Crítico”, pues si bien es cierto que de algunos principios constitucionales no se deriva de manera directa un derecho fundamental, su rango constitucional en todo caso obliga a que la legislación sea obligatoriamente ajustada o confrontada con ellos y se exponga a ser declarada inexecutable si deja de reflejar, debiéndolo, la orientación de sentido que emana de su imperativo deóntico.

En otro de sus pronunciamientos², la Corte Constitucional, haciendo referencia al Artículo 53 de la Carta, señala que todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, pero que existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Es el caso del fuero sindical, ya que al asegurar a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39); de igual manera la estabilidad laboral superior en favor de los minusválidos (CP art. 54); y claro, se considera el caso de la MUJER EMBARAZADA, quien tiene un DERECHO CONSTITUCIONAL A UNA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, considerando como una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, 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.

Precisamente ese principio constitucional de protección a la maternidad, ese parámetro crítico que obliga al legislador a ceñirse al mandato constitucional, ha servido para realizar una serie de modificaciones legislativas y reglamentarias, como la inclusión de medidas específicas de protección en la Ley de Carrera Administrativa. De igual manera, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Tribunales Administrativos ha sido orientada desde dichos principios constitucionales, para materializar esas garantías y derechos especiales.

Incluso, el principio de Protección Constitucional a la Maternidad generadora del DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA, ha servido como fundamento para el pronunciamiento de importantes decisiones judiciales en acciones de tutela, donde se analiza precisamente las garantías constitucionales a favor de las madres y los recién nacidos, y su relación de conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital y los derechos de los niños; fallos de tutela que van desde medidas transitorias para evitar un perjuicio irremediable que muchas veces obligan a adelantar una acción contencioso administrativa, hasta la inaplicación de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-199/99.

² Corte Constitucional, Sentencia C-470/97

normas inferiores por excepción de inconstitucionalidad, ordenando reintegro de funcionarias o pago de las prestaciones económicas derivadas de la maternidad.

Las doctoras Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo Oviedo, en su obra titulada: "Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales" analizan detenidamente el Principio Especial de Protección a la Maternidad, presentando la siguiente estructura:

"Ninguna trabajadora será discriminada, bajo ningún concepto, por razón de su estado de embarazo, parto o lactancia. (Deber ser)

El que discrimine a una trabajadora por cualquier razón ilegítima debido a su estado de embarazo, parto o lactancia, deberá resarcirla laboralmente. (Regla)

Toda trabajadora tiene derecho a no ser discriminada en razón de su estado de embarazo, parto o lactancia. (Derecho)

Nadie podrá discriminar, por ningún concepto, a la mujer en estado de embarazo, parto o lactancia. (Obligación)

El estado garantizará la no discriminación a las trabajadoras en estado de embarazo, parto o lactancia. (Garantía)³

³ GOYES MORENO, Isabel - HIDALGO OVIEDO, Mónica. Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. Ediciones Unariño, San Juan de Pasto, 2006.

2. GENERALIDADES DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA

La MODERNIZACION DEL ESTADO implica la adopción de unas nuevas formas de organización administrativa destinadas al cumplimiento de los fines del Estado previstos en el artículo 2º de la Constitución Nacional; la cual permitió implementar una serie de entidades y regímenes jurídicos especiales que permiten la atención de los servicios públicos con criterios de EFICIENCIA Y EFICACIA.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 consideró que la gestión del Estado debía ser desarrollada por funcionarios públicos con capacidad y eficiencia, teniendo en cuenta los intereses del servicio público, antes que los compromisos políticos; para ello había necesidad de establecer, como regla general, que los funcionarios se vincularan mediante un sistema de selección objetiva, que su promoción fuera el resultado de una evaluación imparcial de méritos y que su permanencia en el cargo gozara de una protección especial, de manera que el retiro obedeciera sólo a causales legales claramente determinadas.

Fue así como uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público.

La carrera administrativa es un sistema técnico de ingreso a los empleos públicos que estén determinados por la Ley, que deben someterse a un concurso para su provisión definitiva. También es un sistema de promoción y ascenso de los servidores públicos que ocupen cargos de carrera en la actualidad, a un puesto de trabajo a mayor nivel, siempre y cuando cumpla los requisitos mínimos exigidos para su provisión.

La finalidad misma de la carrera administrativa es reclutar un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la carrera permite que quienes sean vinculados a la administración bajo esta modalidad, ejerzan de manera calificada la función pública que se les asigna, ya que dicho sistema está diseñado para que ingresen y permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas, intelectuales y laborales para asumir con eficiencia y honestidad dicho servicio.

La carrera administrativa como institución jurídica hace parte de la modernización del Estado, el Artículo 125 Constitucional consagra como principio y regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción⁴, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley⁵, y precisamente esa potestad del legislador ha sido objeto de grandes debates doctrinarios y jurisprudenciales, donde se establecen ciertas reglas para la clasificación de los empleos como de carrera administrativa y establecer las excepciones con base en un principio de razón suficiente⁶.

Mediante la CARRERA ADMINISTRATIVA, entendida como el conjunto de normas que regulan el ingreso, asenso y retiro de la administración, el Estado garantiza de cierta forma que para ejercer sus potestades y cumplir cada uno de sus fines, puede hacerse al mejor recurso humano.

“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con

⁴ “La Corte exige fundamentalmente dos requisitos para que un cargo de la administración pública sea considerado de libre nombramiento y remoción: 1.- Que exista norma constitucional o legal que así lo califique. 2.- Que el cargo corresponda: a una función directiva, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se determinan políticas o directrices fundamentales para la entidad; o a una función que exija una confianza plena y total en el funcionario, bien sea por la labor específica del cargo o por la incidencia de la labor en la toma de decisiones de la entidad, debida al grado de cercanía o de receptividad en las directivas de la misma. Esta confianza es especial, en el sentido de que se diferencia de la normal o usual que debe existir respecto de la generalidad de los empleados públicos.” (Corte Constitucional - Sentencia C-954/01)

⁵ “la definición que haga el legislador de los empleos no pertenecientes a la carrera debe encontrarse adecuadamente justificada, de manera que el señalamiento de los cargos excluidos no aparezca como un desarrollo arbitrario e infundado” (Corte Constitucional - Sentencia C-306/95).

⁶ “como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación” (Corte Constitucional - Sentencia C-195 del 21 de abril de 1994).

las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado.”⁷

La Carrera Administrativa es un SISTEMA TÉCNICO DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.⁸

La Ley 909 de 2004 reactiva la Comisión Nacional del Servicio Civil, órgano que administrará y vigilará la carrera administrativa; a través de ella se harán las convocatorias para proveer las vacantes de cada entidad y vigilará que las nuevas normas se cumplan a cabalidad.

Todos los cargos de empleados públicos deben someterse a concurso de méritos, con excepción de los de elección popular, de periodo fijo, libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales.

Las normas marco de la carrera administrativa son las siguientes:

- Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”
- Decreto 770 de 2005 “Por el cual se establecen funciones y requisitos generales a los empleos públicos”
- Decreto 760 de 2005 “Procedimientos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil”

La carrera administrativa es un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo.

El derecho a la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es absoluto y encuentra su principal restricción en la misma Constitución, que establece en su artículo 125 las causales en que procede el retiro de dichos empleados, en

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994

⁸ Ley 909 de 2004, Artículo 27.

armonía con el artículo 58, que consagra la prevalencia del interés público sobre el particular.

El trabajo no sólo constituye un derecho fundamental y una obligación social sino uno de los fundamentos del Estado social de derecho, razón por la cual goza de una especial protección dentro del ordenamiento nacional. El artículo 53 de la Carta consagra una serie de principios mínimos que protegen al trabajo y al trabajador como tal, a saber: igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad** y al trabajo del menor de edad.

Por su parte, el inciso primero del artículo 125 de la Constitución Política dispone:

"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".⁹

De esta manera, el constituyente establece que la carrera administrativa es la regla general para que los ciudadanos accedan a la función pública, entendida ésta como "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines"¹⁰.

Que la carrera sea la regla general de acceso a la administración pública encuentra justificación en los objetivos de la función pública, los cuales se adecuan a la finalidad misma del Estado social de derecho: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P. Art. 2), y a los principios que rigen la función administrativa, como son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. Art. 209).

⁹ La Ley 909 de 2004 en su Artículo 5 también establece una clasificación de los empleos y las excepciones a la Carrera Administrativa.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-631/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

En la Ley 909 de 2004, se encuentran las siguientes generalidades:

2.1 PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL INGRESO Y ASENSO EN EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

La ley de carrera administrativa vigente consagra los siguientes principios:

- a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;
- b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;
- c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;
- d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;
- e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;
- f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;
- g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;
- h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;
- i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.

Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o

convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

2.2 PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO

Según lo previsto en el Artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el proceso comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

En los concursos que se realicen para el Ministerio de Defensa Nacional, en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, antes de la conformación de las listas de elegibles se efectuará a cada concursante un estudio de seguridad de carácter reservado, el cual, de resultar desfavorable, será causal para no incluirlo en la respectiva lista de elegibles. Cuando se trate de utilizar listas de elegibles de otras entidades, al

nombramiento deberá preceder el estudio de seguridad. En el evento de ser este desfavorable no podrá efectuarse el nombramiento.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Un aspecto importante en la Ley 909 de 2004 es que se establece la capacitación y formación de los empleados públicos orientada al desarrollo de sus capacidades, destrezas, habilidades, valores y competencias fundamentales, con miras a propiciar su eficacia personal, grupal y organizacional, de manera que se posibilite el desarrollo profesional de los empleados y el mejoramiento en la prestación de los servicios. Para ello las unidades de personal formularán los planes y programas de capacitación para lograr esos objetivos, en concordancia con las normas establecidas y teniendo en cuenta los resultados de la evaluación del desempeño.

Los programas de capacitación y formación de las entidades públicas territoriales podrán ser diseñados, homologados y evaluados por la ESAP, de acuerdo con la solicitud que formule la respectiva institución.

Si no existiera la posibilidad de que las entidades o la ESAP puedan impartir la capacitación podrán realizarla entidades externas debidamente acreditadas por esta. Con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción y desarrollo de los empleados en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales, las entidades deberán implementar programas de bienestar e incentivos, de acuerdo con las normas vigentes.

2.3 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA PERMANENCIA EN EL SERVICIO

Así como existen principios de ingreso y ascenso en el sistema de carrera administrativa, existen principios de permanencia en el servicio, que según el Artículo 37 de la Ley 909 de 2004, son:

a) Mérito. Principio según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma;

b) Cumplimiento. Todos los empleados deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo;

c) Evaluación. La permanencia en los cargos exige que el empleado público de carrera administrativa se someta y colabore activamente en el proceso de evaluación personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente;

d) Promoción de lo público. Es tarea de cada empleado la búsqueda de un ambiente colaborativo y de trabajo en grupo y de defensa permanente del interés público en cada una de sus actuaciones y las de la Administración Pública. Cada empleado asume un compromiso con la protección de los derechos, los intereses legales y la libertad de los ciudadanos.

2.4 EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Conforme lo estipulado en el Artículo 38 de la Ley 909 de 2004, el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.

El resultado de la evaluación será la calificación correspondiente al período anual, establecido en las disposiciones reglamentarias, que deberán incluir dos (2) evaluaciones parciales al año. No obstante, si durante este período el jefe del organismo recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un empleado es deficiente podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata.

Sobre la evaluación definitiva del desempeño procederá el recurso de reposición y de apelación.

Los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para: a) Adquirir los derechos de carrera; b) Ascender en la carrera; c) Conceder becas o comisiones de estudio; d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo; e) Planificar la capacitación y la formación; f) Determinar la permanencia en el servicio.

La obligación de evaluar y los instrumentos de evaluación se encuentran regulados por los artículos 39 y 40 de la Ley 909 de 2004.

2.5 CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO

La ley 909 de 2004 establece que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, se realizará según las siguientes causales, establecidas en el Artículo 41:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Literal declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501-05 de 17 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; - Literal declarado CONDICIONALMENTE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501-05 de 17 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, "en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente".
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;

- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; - Literal declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189-05 de 22 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, "en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio".
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley, y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

2.6 PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

La Ley 909 de 2004 de igual manera reguló la pérdida de los derechos de carrera, previendo tres situaciones administrativas:

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación.
2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.

3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

2.7 DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO POR CALIFICACIÓN NO SATISFACTORIA.

Precisamente una de las causales de retiro del servicio, que implican aplicación de una de las reglas de protección a la maternidad es la declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria, cuyo procedimiento se regula por el Artículo 43 de la Ley 909 de 2004, de la siguiente manera:

1. El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.

2. Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento procederá recurso de reposición.

3. Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.

4. La autoridad competente que no resuelva el recurso respectivo dentro del plazo previsto, será sancionada de conformidad con la Ley 734 de 2002 y las normas que la modifiquen o adicionen.

2.8 SUPRESION DEL CARGO.

Según lo previsto en el Artículo 44 de la Ley 909 de 2004, los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización. La Ley 909 regula la liquidación de la indemnización y los efectos

de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal.

La carrera administrativa es entonces un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo.

3. DERECHOS DERIVADOS DE LA MATERNIDAD EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se implementó en Colombia el Sistema de Seguridad Social Integral, que ampara distintos riesgos en tres sistemas, a saber: Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud, Sistema General de Riesgos Profesionales.

A través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se materializó la descentralización del servicio público de salud y se permitió de prestación de este servicio por particulares; garantizando el acceso de todos los colombianos en dos regímenes: el Contributivo que ampara a la población con capacidad económica, y el Subsidiado que cubre los servicios de la población vulnerable, lo cual armoniza con los efectos de las políticas neoliberales adoptadas en las últimas tres décadas que conducen a la disminución de gastos por parte del Estado y a la focalización o “sisbenificación” de los servicios públicos.

En el Régimen Contributivo intervienen varias instituciones, como las Entidades Promotoras de Salud, Entidades Obligadas a Compensar y las Entidades Adaptadas autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud cumplen uno de los papeles más importantes en el SGSSS, pues tienen a su cargo el mayor porcentaje de población afiliada, manejan recursos públicos, prestan un servicio público y su actividad está respaldada por la responsabilidad del Estado, su inspección y vigilancia.

En el régimen contributivo se garantiza la prestación del Plan Obligatorio de Salud, donde se establecen unos derechos asistenciales (médicos) y otros prestacionales como el reconocimiento económico de incapacidades por enfermedad general o por licencia de maternidad.

Las Empleadas de Carrera Administrativa, como afiliadas al Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, gozan de estos derechos, los cuales se resumen a continuación:

3.1 DERECHOS ASISTENCIALES

La Ley 100 de 1993 en su Artículo 166 incluye la ATENCIÓN MATERNO INFANTIL en el Régimen de Beneficios del Sistema de Seguridad Social Integral, estableciendo que el Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Según la norma citada, el Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en dicha Ley y sus reglamentos.

Los beneficios del POS en atención materno infantil se resumen a continuación:

1. Excepciones a los Periodos Mínimos de Cotización:

Según el Artículo 62 del Decreto 806 de 1998 serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad, que se hagan en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también la atención inicial de urgencia.

En ningún caso podrá aplicarse períodos mínimos de cotización al niño que nazca estando su madre afiliada a una EPS. El bebé quedará automáticamente afiliado y tendrá derecho a recibir de manera inmediata todos los beneficios incluidos en el POS-S, sin perjuicio de la necesidad de registrar los datos del recién nacido en el formulario correspondiente.

2. Atención Obstétrica

El Artículo 103 de la Resolución 5261 de 1994 establece que de acuerdo al artículo 166 de la Ley sobre seguridad social, el POS en el caso de las mujeres en estado de embarazo cubrirá la prestación de servicios de salud en el control prenatal, en la atención del parto, en el control del post parto y para la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. El manejo de la paciente obstétrica en las I.P.S., deberá estar fundamentado en un programa de Atención Prenatal que establezca unidad de criterios sobre el parto, parto y sus posibles complicaciones, valoración del riesgo perinatal, identificación oportuna de la paciente obstétrica para inclusión al programa, seguimiento y educación a la paciente y a su familia en lo referente a desarrollo del embarazo, parto y puerperio y organización de un sistema de información que facilite la evaluación continua y periódica del programa.

En consecuencia, la atención obstétrica para el nivel I contemplará lo siguiente:

- Consulta médica general (de acuerdo a la guía de atención)
- Consultas de enfermería (de acuerdo a la guía de atención)
- Consulta por obstetra , dependiendo del riesgo obstétrico y de acuerdo a la guía de atención.

- Ecografía gestacional de acuerdo al criterio médico.
- Atención del parto normal o intervenido, NO quirúrgico por médico general.
- Dos (2) consultas post parto por médico y hasta el cumplimiento de los primeros treinta (30) días de éste.
- Medios diagnósticos y de laboratorio de acuerdo a lo establecido para el nivel I de atención.
- R.X de acuerdo a lo establecido para el nivel I.
- Atención de urgencias de acuerdo a las normas legales vigentes.
- Internación.
- Odontología. Comprende los servicios descritos anteriormente para este nivel.
- Atención en nutrición y planificación familiar.

Teniendo en cuenta el riesgo obstétrico debe definirse un plan a seguir con la paciente, respetando siempre las directrices y normas técnico-administrativas que sobre el particular ha dictado el Ministerio de la Protección Social.

3. Otros Aspectos.

- A los menores de un año no se les aplican periodos mínimos de cotización, según lo señalado en la Circular No. 12 de la SNS.

“c) No se aplican en ningún momento, periodos mínimos de cotización a afiliados inscritos como neonatos, entendiéndose como tales, aquellos que nazcan o se adopten, menores de un año, cuando sus padres se encuentren afiliados al sistema, así como aquellos cuya afiliación se realice cuando aún no hayan cumplido un año.”

- Al contabilizar las semanas en el Sistema, SE DEBEN tener en cuenta las semanas que el usuario haya pertenecido al Régimen Subsidiado.
- No se aplican Semanas de Cotización para Cesárea. Una cesárea, así sea programada, siempre se considera una urgencia y no se puede esperar el tiempo de cotización para realizarla.

3.2 DERECHOS PRESTACIONALES

El SGSSS en el Régimen Contributivo reconoce una prestación económica por Licencia de Maternidad equivalente a 84 días del salario reportado como Ingreso Base de Cotización (IBC) de la afiliada. Esta prestación se reconoce a título de REEMBOLSO a favor de EMPLEADORES y TRABAJADORAS INDEPENDIENTES, previo cumplimiento de los requisitos que se relacionan a continuación:

1. Decreto 806 de 1998

En el Artículo 63 se establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.

Según lo establecido en el Artículo 80, sobre pago de incapacidades y licencias, CUANDO EL EMPLEADOR SE ENCUENTRE EN MORA Y SE GENERE UNA INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL O LICENCIA DE MATERNIDAD ÉSTE DEBERÁ CANCELAR SU MONTO POR TODO EL PERÍODO DE LA MISMA Y NO HABRÁ LUGAR A RECONOCIMIENTO DE LOS VALORES POR PARTE DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL NI DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD NI DE LAS ADAPTADAS. El Decreto 1406 de 1999 regula el lugar y plazo de presentación de la autoliquidación de aportes a los diferentes riesgos del Sistema de Seguridad Social Integral y establece un calendario de pagos.

2. Decreto 1804 de 1999

El Artículo 21, que regula el RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS establece que los EMPLEADORES o TRABAJADORES INDEPENDIENTES, y personas con capacidad de pago, TENDRÁN DERECHO A SOLICITAR EL REEMBOLSO O PAGO DE LA INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL O LICENCIA DE MATERNIDAD, SIEMPRE QUE AL MOMENTO DE LA SOLICITUD Y DURANTE LA INCAPACIDAD O LICENCIA, SE ENCUENTREN CUMPLIENDO CON LAS SIGUIENTES REGLAS:

a) HABER CANCELADO EN FORMA COMPLETA SUS COTIZACIONES COMO EMPLEADOR DURANTE EL AÑO ANTERIOR A LA FECHA DE SOLICITUD FRENTE A TODOS SUS TRABAJADORES. Igual regla se aplica al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho. Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

b) No tener deuda pendiente con las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

c) Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

d) No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente. Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

Según lo prevé la citada norma SERÁN DE CARGO DEL EMPLEADOR EL VALOR DE LAS LICENCIAS POR ENFERMEDAD GENERAL O MATERNIDAD A QUE TENGAN DERECHO SUS TRABAJADORES, EN LOS EVENTOS EN QUE NO PROCEDA EL REEMBOLSO DE LAS MISMAS POR PARTE DE LA EPS, O EN EL EVENTO EN QUE DICHO EMPLEADOR INCURRA EN MORA, DURANTE EL PERÍODO QUE DURE LA LICENCIA, EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES CORRESPONDIENTES A CUALQUIERA DE SUS TRABAJADORES FRENTE AL SISTEMA. En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Decreto 047 de 2000

Según el Artículo 3º, para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso.

El establecimiento de los requisitos enunciados y la posibilidad de que no proceda el REEMBOLSO de la prestación económica por licencia de maternidad no implica que la madre quede desamparada, sino que la obligación del pago no corresponde a la E.P.S. sino al empleador en virtud de los artículos 80 del Decreto 806 de 1998 y 21 del Decreto 1804 de 1999.

Sin embargo, la investigación realizada permite concluir que en Colombia existe una mala interpretación de la normatividad relacionada con la Licencia de Maternidad, pues a manera de ejemplo en la ciudad de Pasto cerca del 60% de las TRABAJADORAS DEPENDIENTES y el 25% de los EMPLEADORES creen que la prestación económica debe ser pagada por las EPS directamente a la COTIZANTE, desconociendo la obligación primaria del empleador.

Toda prestación económica de COTIZANTES DEPENDIENTES en el SGSSS es cancelada al EMPLEADOR a título de reembolso, ya que es al EMPLEADOR en primera instancia a quien corresponde el pago de las incapacidades de sus trabajadores.

Según la CIRCULAR NO. 011 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1995 DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, Incapacidad es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. EL PAGO LO HARÁ DIRECTAMENTE EL PATRONO A LOS AFILIADOS COTIZANTES CON INCAPACIDAD, Y LOS VALORES RECONOCIDOS SE DESCOTARÁN A MÁS TARDAR EN LAS DOS SIGUIENTES LIQUIDACIONES DEL PAGO DE COTIZACIONES A LA EPS DONDE ESTE AFILIADO EL COTIZANTE, a su vez estas entidades lo cobrarán a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía en la compensación mensual, tal como se describe en dicha circular. Para los trabajadores independientes, el valor de cada mes deberá descontarse en el siguiente pago de cotización. SÍ RESULTARE SALDO A FAVOR DEL EMPLEADOR O TRABAJADOR INDEPENDIENTE LA EPS PAGARÁ DICHO VALOR PREVIA PRESENTACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN.

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

El embarazo como condición exclusivamente femenina se convierte en un factor de discriminación social, por lo cual el Constituyente decidió consagrar no solo la igualdad entre hombres y mujeres, sino de prohibir expresamente la discriminación de la mujer en estado de embarazo

La jurisprudencia ha relacionado celosamente el principio constitucional de protección especial a la maternidad con el derecho fundamental de igualdad¹¹. No obstante el principio se desarrolla también en el Artículo 43 sobre igualdad entre los sexos, que establece una protección y asistencia especial para la mujer embarazada (gestación, parto, posparto y lactancia); y en el Artículo 53 de la Constitución Nacional que incluye la protección a la maternidad dentro de los principios mínimos fundamentales que deberán regir el estatuto de trabajo en Colombia.¹² La protección no solamente limita o restringe los despidos, sino que otorga garantías y prestaciones económicas, obligatorias tanto para el Estado como para la empresa privada.

A continuación se presenta el panorama de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, sobre la protección a la maternidad:

4.1 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional dio prelación a la naturaleza del derecho vulnerado, sin tener en cuenta el estado materno, es así como el la Sentencia T-527 de 1992 negó el amparo por cuanto las pretensiones se relacionaban con derechos sociales económicos y culturales. En la Sentencia

¹¹ “ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. “

¹² En el texto “Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales” de ISABEL GOYES MORENO y MONICA HIDALGO OVIEDO, se realiza un estudio profundo y completo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, con respecto al Principio Especial de Protección a la Maternidad.

T-116 del mismo año ratificó su posición pero aclarando que la fundamentalidad del derecho no depende únicamente de su naturaleza sino de las circunstancias particulares de cada caso.

En el siguiente año, 1993¹³, la corte vuelve a hacer énfasis en que “la fundamentalidad de un derecho no depende solo de su naturaleza sino de las circunstancias particulares del caso”, pero además señaló que ciertos derechos como los asistenciales pueden ser objeto de protección mediante acción de tutela siempre que exista afectación de un derecho fundamental, y se demuestre su conexidad o relación causal.

En 1996 mediante Sentencia C-710, la Corte Constitucional analiza la protección a la maternidad en el marco jurídico del Estado Social de Derecho en relación con la igualdad, la familia y la vida del menor que está por nacer.

La Sentencia C-470 de 1997 constituye uno de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional, con respecto a la maternidad, al analizar la constitucionalidad del Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el despido previa indemnización de una trabajadora embarazada aún sin los requisitos legales (justa causa y autorización) era motivo de discriminación e iba en contra del mandato constitucional (protección especial), por lo cual la corte emite un fallo de exequibilidad condicionada¹⁴, que es la base de múltiples decisiones y de importantes pronunciamientos posteriores.

En 1998, con la Sentencia T-373, nuevamente se contribuye a la definición de la fundamentalidad de los derechos de la mujer embarazada, cuando la Corte Constitucional sostuvo: *“procede la acción de tutela pese a la existencia de otro mecanismo ordinario de defensa en aquellos casos en los cuales la cuestión debatida sea puramente constitucional siempre que resulte flagrante la arbitraria trasgresión de las normas que le otorgan a la mujer una especial protección (C.P. Art. 13, 44, 43 y 53) y se produzca un daño considerable”*¹⁵. En este aspecto resulta importante el pronunciamiento puesto que antes, la sola existencia de un mecanismo o medio de defensa judicial daba lugar a declarar la improcedencia del

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-116 y T-497 de 1993

¹⁴ *“... la única interpretación conforme con la actual constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad. Por todo lo anterior, la Corte concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre igualdad (CP Art. 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP Arts. 43 y 53), de modo que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente... Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz”.*

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 1998

amparo. Estos planteamientos son reiterados por la misma Corte Constitucional en decisiones posteriores, resaltando las Sentencias T-028, T-283 y T-286 de 2003.

En la Sentencia T-362 de 1999 la Corte se ocupa de la situación de las servidoras públicas vinculadas de manera precaria, concediendo la tutela a una funcionaria que ocupaba un cargo en provisionalidad, haciendo referencia a la protección que consagraba el Artículo 62 de la Ley 443 de 1998.

La Sentencia C-199 de 1999 resulta importante en el presente estudio, por cuanto constituye la base de la protección de la maternidad consagrada expresamente en la Ley 909 de 2004; en dicha oportunidad la Corte Constitucional, analizó la exequibilidad del Artículo 62 de la Ley 443 de 1998¹⁶, que obligaba a respetar los derechos de la mujer embarazada que ocupaba un cargo de carrera administrativa, regulando tres situaciones: 1) en periodo de prueba o provisionalidad, 2) en carrera y con calificación de servicios no satisfactoria y 3) en carrera en cargo que debe suprimirse y sin posibilidades de ubicación en otro cargo. Para la primera situación la norma consagraba una prórroga automática hasta 3 meses después del parto, para la segunda se ordenaba que la insubsistencia produciría efectos 8 días después de vencida la licencia de maternidad, y para el tercer evento *“además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad.”* El objeto de la demanda era la expresión subrayada, considerándose discriminatoria, porque reducía la protección únicamente al postparto. La Corte declaró la exequibilidad condicionada, en el sentido que la indemnización a que tendría derecho la funcionaria debía incluir el pago total de salarios dejados de percibir entre la fecha del retiro y el parto, además de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante la gestación y los tres meses posteriores al parto, lo cual fue incorporado en la regulación establecida en la Ley 909 de 2004.

Luego, incorporando el concepto de mínimo vital estructurado por la misma Corte Constitucional se profirió la Sentencia T-902 de 1999, en la cual se reconocen los derechos fundamentales de la mujer embarazada¹⁷, básicamente en torno a la no discriminación por su condición y al aseguramiento de sus ingresos durante la gestación y la licencia de maternidad.

¹⁶ La Ley 443 de 1998 regulaba la Carrera Administrativa, y quedó sin vigencia al proferirse la Ley 909 de 2004.

¹⁷ “la mujer embarazada es titular de derechos fundamentales específicos: no ser discriminada por el embarazo y a que se le asegure el mínimo vital durante este y los tres primeros meses después del parto”

Ratificando el derecho a la estabilidad reforzada, en la Sentencia T-494 de 2000 se sostiene que el embarazo no puede ser motivo de desvinculación laboral, aunque se admite que el retiro por causas distintas al embarazo no implicaría vulneración de los derechos fundamentales, lo cual sería reiterado en la Sentencia SU-879¹⁸ del año 2000.

La Sentencia T-040A de 2001 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es importante, por cuanto hace reiteración de jurisprudencia sobre varios temas, como la mujer embarazada y su estabilidad laboral reforzada, el principio de la estabilidad en el empleo en los contratos a termino fijo, y la procedencia excepcional de la acción de tutela en los casos de despido de mujer embarazada; pero fundamentalmente y con respecto al tema en estudio, relaciona los elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos de despido de mujer embarazada:

“(1) que el despido o la desvinculación se ocasione durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, es decir, durante el período amparado por el “fuero de maternidad”; (2) que la desvinculación ocurra sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conozca o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulte evidente y el daño que apareje sea devastador; (5) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique”¹⁹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional siguiendo los parámetros del ordenamiento jurídico, recalca que para la desvinculación de trabajadoras en estado de embarazo, existen unos requisitos ineludibles, básicamente:

- 1) La existencia de una justa causa, y
- 2) La autorización del Inspector de Trabajo (para el sector privado y para el caso de trabajadoras oficiales), o la motivación del acto administrativo de desvinculación (en el caso de empleadas públicas).

La necesidad de motivar estrictamente los actos administrativos de desvinculación de las empleadas públicas en estado de embarazo también es objeto de

¹⁸ En esta Sentencia se resolvieron acciones de tutela en torno a la liquidación de la Caja Agraria, advirtiendo que no procede la protección por cuanto “la terminación del contrato se produjo a consecuencia de la liquidación y no de la circunstancia del embarazo”.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-426 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, siendo importantes las Sentencias T-375 de 2000²⁰ y T-494 de 2000; en esta última se expresó:

“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. 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 despido. 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. Los motivos del acto administrativo, lejos de evidenciar una finalidad del buen servicio dejan un margen de duda que debe resolverse en favor de la trabajadora en estado de gravidez.”

La Corte Constitucional en sede de revisión de acciones de tutela, también se ha ocupado del tema de la Licencia de Maternidad, cuyo régimen jurídico igualmente se examinó en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud; existiendo múltiples pronunciamientos desde el año 1993, prácticamente desde la expedición de la Ley 100 de 1993²¹, concediendo el amparo cuando se pruebe afección del mínimo vital de la madre y el menor.

Específicamente en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago del auxilio a la maternidad, la jurisprudencia constitucional ha considerado

²⁰ “La jurisprudencia constitucional ha definido una serie de criterios según los cuales se torna procedente el amparo de tutela, como mecanismo transitorio de protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas. Tales criterios, que deben corresponder a los elementos constitutivos de la situación fáctica de cada caso examinado por el juez de tutela, son los siguientes: a) Que el despido se ocasione durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época de 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 conozca o deba conocer la existencia del estado de gravidez, por haber notificado la trabajadora su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley; c) Que el despido sea consecuencia del embarazo y, por ende, que no esté directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. 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; e) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o de la criatura que está por nacer.” (negrilla fuera de texto).

²¹ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral.

que, excepcionalmente, procede la tutela para efectos de aplicar las normas constitucionales que protegen a la mujer gestante y a su hijo. Sintetizando la doctrina constitucional en las siguientes premisas:

“a) Si bien el artículo 43 de la Carta consagra un derecho prestacional en favor de la mujer y el recién nacido, éste puede adquirir el rango de fundamental por conexidad con otros derechos como la vida digna, la seguridad social y la salud de la madre y del bebe. De ahí que, en algunas ocasiones, los derechos a la especial asistencia y protección durante y después del embarazo, adquieren categoría ius fundamental. Sentencias T-175 de 1999, T-210 de 1999, T-362 de 1999, T-496 de 1999.

b) El derecho al pago de la licencia de maternidad adquiere relevancia constitucional cuando su vulneración o amenaza afectan el mínimo vital de la madre y el recién nacido. Sentencias T-568 de 1996, T-104 de 1999, T-365 de 1999, T-458 de 1999,

c) En virtud de lo anterior, el pago de la prestación económica debe discutirse ante la jurisdicción ordinaria competente, salvo si existe afectación del mínimo vital, en cuyo caso, adquiere competencia la jurisdicción constitucional. Sentencias T-139 de 1999, T-210 de 1999.

d) En aquellos casos en los que la licencia de maternidad constituye salario de la mujer gestante y éste es su único medio de subsistencia y el de su hijo, la acción de tutela procede para proteger el mínimo vital. Sentencia T-270 de 1997, T-567 de 1997.”²²

Con respecto a esta prestación económica, la Corte se ha referido a aspectos puntuales, estableciendo precedentes y reglas claras a partir del año 2003.

En primer lugar, se trató de establecer un término perentorio para el ejercicio de la acción de tutela, el cual inicialmente correspondía al término de la licencia (12 semanas u 84 días posteriores al parto)²³, entendiéndose que la prestación económica por maternidad constituye el salario de la madre durante la licencia, por tanto si no se reclama la prestación dentro de ese término, significaba que la madre no requirió de dichos recursos, pudiendo discutirse el derecho por la vía ordinaria, por lo cual la tutela se tornaba improcedente. Esta posición se replanteó en el año 2003²⁴, cuando la Corte cambió su jurisprudencia al confrontar la licencia de maternidad y el concepto de mínimo vital de la madre y del recién nacido, y la oportunidad para interponer la acción de tutela en los casos de solicitud de licencia de maternidad, ampliando este término al primer año de vida del menor.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-765 de 2000.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-850 de 2003.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-999 de 2003.

Otro tema importante para la Corte Constitucional es el “allanamiento a la mora” en que incurren las EPS, cuando la cotización resulta extemporánea. En la Sentencia T-1014 de 2003 se establecieron las reglas para la procedencia de una acción de tutela orientada al pago de una licencia de maternidad por este motivo:

“ a. En principio se trata de un derecho prestacional y, en consecuencia, no susceptible de proteger por vía del amparo constitucional. No obstante, cuando se halla en relación inescindible con otros derechos fundamentales de la madre o del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud -, el derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela. (Sentencias T-175/99, T-210/99, T-362/99, T-496/99, T-497/02 y T-664/02).

b. Cuando la satisfacción del mínimo vital de la madre y del recién nacido dependen del pago de la licencia de maternidad, el reconocimiento de este derecho deja de plantear un tema exclusivamente legal, sometido a la justicia laboral, y se torna constitucionalmente relevante. En estos supuestos excepcionales, el pago de la licencia de maternidad puede ser ordenado por el juez de tutela. (Sentencias T-568/96, T-270/97, T-567/97, T-662/97, T-104/99, T-139/99, T-210/99, T-365/99, T-458/99, T-258/00, T-467/00, T-1168/00, T-736/01, T-1002/01 y T-707/02).

c. La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica. (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

d. Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y por lo tanto ésta puede negar el pago de la licencia (Sentencias T-458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T-513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02 y T-996/02).

e. Para que la afección del mínimo vital por el no pago de la licencia de maternidad genere amparo constitucional es preciso que el cumplimiento de esa prestación económica se plantee ante los jueces de tutela antes del vencimiento del término de la licencia. Si el amparo se solicita una vez vencido el término de la licencia, hay lugar a presumir que la madre no requirió del pago de esa prestación para atender sus necesidades básicas y las del menor; es decir, en tales hipótesis, hay lugar a presumir que no hubo vulneración del mínimo vital y por lo mismo la tutela no procede (Sentencias T-568/96, T-466/00, T-1224/01, T-653-02 y T-996-02).”

Estas reglas son aplicadas en varios casos de negación de la prestación económica por parte de las EPS.²⁵

4.2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El Consejo de Estado desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, procuró armonizar los mandatos legales vigentes con los principios constitucionales, como el de protección a la maternidad.

Tradicionalmente el Consejo de Estado había negado el reintegro de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo, habida cuenta que la ley prevé indemnizaciones al respecto. No obstante, teniendo en cuenta el Artículo 53 constitucional, cambió su jurisprudencia, en el sentido que la prohibición del despido no puede resultar un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada, ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, demostrando por ejemplo la desviación de poder. Muestra de ello es la Sentencia proferida el 3 de noviembre de 1993 en el expediente 5065, con ponencia de la Dra. Clara Forero de Castro, en la cual se realizó una hermenéutica de la orientación jurídica de los artículos 21 del Decreto 3135 de 1968 y 2º de la Ley 197 de 1938, de la siguiente manera:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto al reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto y considerando sólo este periodo como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada, ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que si obtendrá por ejemplo si alegara la desviación de poder... Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva a la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización por infringir la prohibición que contempla la ley.

²⁵ Ejemplo: Corte Constitucional – Sentencias T-1068, T-1073 de 2003; Sentencias T-284, T-390, T-421, T-504, T-640, T-729, T-845, T-891, T-929 de 2004; y Sentencias T-140, T-147, T-166, T-394, T-559, T-597, T-615, T-682, T-788, T-825 y T-1017 de 2005.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado señaló que “si no se motivó el acto administrativo de insubsistencia en el cual se consignen las razones o motivos que le asisten a la administración para retirar del servicio a la administrada; que deben ser reales y ciertos y estar encaminados a la mejora del servicio público, se llega indefectiblemente a la situación de la ficción legal prevista en la norma, es decir, que la insubsistencia tuvo como causa o motivo el embarazo o el estado de lactancia”²⁶

En el Fallo 638 del 28 de agosto de 1996²⁷, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el alto tribunal se refirió entre otros temas, a la presunción de legalidad del acto de remoción, a la excepción a la presunción de legalidad, y a la inversión de la carga de la prueba en el acto de remoción de empleada embarazada o en lactancia.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado reiteró que los actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la “presunción de legalidad”. Pero que en casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte, o sea, que en este supuesto **se presume que el acto es ilegal si se profiere sin la observancia de los requisitos exigidos en la ley.**

El fallo advierte que *“estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración.”*

Por otra parte, el Consejo de Estado accedió a la protección a la maternidad, aún cuando la demanda invocaba solamente normas de orden nacional (decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969); fundamentando su decisión en el Decreto 1333 de 1986 (Código de régimen Municipal), -que permite la aplicación analógica de las normas del orden nacional frente a los vacíos que se presenten en materias específicas-, como el caso de la maternidad; concluyendo que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hizo sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, Artículo 3o. y en el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 que lo modificó, normas estas aplicables en todos los ordenes.

Siguiendo los planteamientos señalados en la Sentencia del 3 de noviembre de 1993²⁸, la Sala Plena ratifica que si la desvinculación por insubsistencia no se

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de septiembre de 1994. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora. Expediente 8083. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda, del 10 de marzo de 1995 C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora y del 8 de abril de 1994 C.P. Diego Younes Moreno.

²⁷ Argumentos reiterados en el pronunciamiento del 21 de mayo de 1998, Exp. 17252.

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia de noviembre 3 de 1993, Exp. 5065, CP. Clara Forero de Castro.

produjo en aras del logro del buen servicio público sino por causa del estado de gravidez, se configura una clara y evidente desviación de poder, que por ende genera la nulidad del acto impugnado, particularmente porque la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo. Además que dicho amparo, no consiste únicamente en el pago de las sumas que le resarzan e indemnizan los perjuicios sufridos como consecuencia de la arbitrariedad de la Administración Pública, **sino que apareja el reintegro al empleo** del cual fue ilegalmente separada, a otro de igual o superior jerarquía y remuneración, y desde luego, la declaración de que no hay solución de continuidad por virtud del lapso que medie entre el retiro y el reintegro que se dispondrá, es decir, el restablecimiento pleno de los derechos como empleada de carrera administrativa.

Vale la pena anotar que la posición del Consejo de Estado, fue considerada por la Corte Constitucional al proferir la Sentencia C- 470 de 1997, en la cual se determinó unidad normativa, en el sentido que la protección a la maternidad debe garantizarse sin importar la naturaleza jurídica del vínculo laboral; por ello se declaró la exequibilidad condicionada de los Artículos 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, entendiéndose que carece de efecto el despido de una servidora pública en embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la autorización previa del inspector de trabajo (trabajadoras oficiales), o sin acto administrativo motivado (empleadas públicas).

Más tarde, en la Sentencia C-199 de 1999, la Corte Constitucional sostiene que el principio de protección a la maternidad, exige tener en cuenta como hecho relevante en términos constitucionales la situación que rodea a la mujer embarazada que como funcionaria de carrera pierde su empleo con ocasión de la supresión que se decreta por el órgano competente; por lo cual se declara la exequibilidad condicionada de la norma demandada²⁹, es decir, sujeta a que la interpretación del texto demandado se haga en los términos establecidos³⁰, es decir, bajo el entendido de que la "indemnización básica" incorpora, adicionalmente, la respectiva compensación por los salarios dejados de percibir

²⁹ Ley 443 de 1998, Artículo 62, Inciso 3º "...Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de doce (12) semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad." (subrayado demandado).

³⁰ "Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la parte demandada del artículo 62 de la Ley 443 de 1998 bajo el entendido de que la expresión "la indemnización a que tendría derecho", a la que se refiere la primera parte del tercer inciso del mencionado artículo, incorpora (1) la compensación por la totalidad de los salarios dejados de percibir en el interregno entre el retiro y la fecha del parto y, (2) 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 meses posteriores al parto."

entre el retiro y la fecha del parto, lo mismo que una adecuada compensación que permita a la mujer embarazada recibir la atención médica necesaria.

Ratificando su jurisprudencia, y acogiendo igualmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado en casos posteriores nuevamente se refiere a la insubsistencia de la servidora pública embarazada, determinando que existe presunción legal de que el retiro se produce por motivo de embarazo, mientras la administración no la desvirtúe, lo que implica admitir que el despido no tuvo por finalidad el buen servicio público, que implica la existencia de desviación de poder que conlleva a la nulidad del acto y restablecimiento del derecho, apartado por el fuero de maternidad.³¹

Con respecto a las servidoras públicas de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado ha manifestado que si bien estos cargos no pueden generar estabilidad alguna, en razón de que se trata de cargos de confianza y manejo, la protección a la maternidad, al trabajo, a la infancia, a la familia y a la igualdad, como principios constitucionales, prevalecen ante cualquier otra consideración.³² Igual regla aplica para los casos de empleadas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad.

Sin embargo, en ciertos casos el Consejo de Estado no ha concedido el reintegro al cargo, ni el restablecimiento del derecho, cuando la situación de hecho ha sido superada, de manera que resulta fundamental acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual garantiza la protección a la maternidad, así como los derechos fundamentales de la mujer y del menor.

³¹ Consejo de Estado, Expediente 17522, CP. Javier Díaz Bueno.

³² Consejo de Estado, Asunto No. 16876 del 8 de octubre de 1998.

5. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN LA LEY 909 DE 2004

Según lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

No obstante, la estabilidad con la que están protegidos los empleados de carrera no puede ser concebida como una **inamovilidad absoluta** ya que, si se presentan una de las causales señaladas en el artículo 125 de la Carta, su retiro no sólo es legítimo, sino necesario para alcanzar los fines del Estado bajo los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, entre otros, pues se han perdido los méritos y las calidades morales que justifican su permanencia en el cargo. En consecuencia, tal estabilidad es apenas **relativa**.

La mayor estabilidad laboral que la Constitución y la ley brindan a los empleados de carrera frente a la que se predica de los empleados de libre nombramiento y remoción, se justifica en el hecho de que las personas que aspiran a los empleos de carrera deben someterse a unos requisitos y condiciones más rigurosos para acceder a ellos, que los que se exigen a los de libre nombramiento y remoción, quienes serán nombrados por un acto legal y reglamentario, dictado con fundamento en la potestad discrecional del nominador.

Las Empleadas Públicas que desempeñan cargos de Carrera Administrativa, tienen derecho no solo a los beneficios como afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud sino a una protección especial consagrada en la Ley 909 de 2004.

Como se observó anteriormente, en el régimen de Carrera Administrativa se presentan una serie de situaciones administrativas que generan vínculos con la administración. Ley 909 de 2004 para el caso de mujeres embarazadas, en desarrollo de los respectivos principios constitucionales, legales y jurisprudenciales, materializa la protección a la maternidad estableciendo normas específicas para garantizar estabilidad en el empleo, el acceso a los servicios del Plan Obligatorio de Salud y el reconocimiento de las prestaciones económicas a que haya lugar.

En el Título IX de la Ley 909 de 2004, titulado “DE LAS DISPOSICIONES GENERALES”, se consagran normas específicas de PROTECCIÓN A LA

MATERNIDAD y PROTECCIÓN A LOS DESPLAZADOS POR RAZONES DE VIOLENCIA Y A LAS PERSONAS CON ALGÚN TIPO DE DISCAPACIDAD.

El Artículo 51 de la Ley 909 de 2004 regula la PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD, advirtiendo que para hacerse a dicha protección legal, 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.

Las medidas de protección son las siguientes:

1. “NO PROCEDERÁ EL RETIRO DE UNA FUNCIONARIA CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL, OCURRIDO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE ESTA LEY, MIENTRAS SE ENCUENTRE EN ESTADO DE EMBARAZO O EN LICENCIA DE MATERNIDAD.”

Los nombramientos en provisionalidad según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no garantizan la estabilidad en el empleo que otorgan los nombramientos en propiedad, por cuanto existen “formalidades sustanciales”, como el concurso de méritos y la calificación periódica; en tal sentido, los funcionarios nombrados en provisionalidad pueden ser objeto de remoción sin necesidad de Acto Administrativo motivado, aplicando para ello las reglas de empleos de libre nombramiento y remoción.

La protección que otorgó la Ley 909 de 2004 en esta primera regla, para las funcionarias con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a su vigencia, radica en un límite relativo a la facultad de remoción de la funcionaria embarazada, potestad que se suspendería durante la época del embarazo y la licencia de maternidad, lo cual en cierta forma garantiza los ingresos del grupo familiar, especialmente para la madre durante la incapacidad, y que obviamente van a repercutir en el desarrollo y protección del menor en el periodo de gestación y durante sus primeras semanas de vida.

Adicionalmente, en el numeral 4 del Artículo 51 de la Ley 909 de 2004, se establece una “**Indemnización por Maternidad**” equivalente a la remuneración dejada de percibir entre la fecha de retiro y la fecha probable del parto, el pago mensual a la correspondiente EPS de la parte de la cotización al SGSSS que corresponde a la entidad pública 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.

La indemnización anterior según la Ley 909 de 2004 se hace extensiva a las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de dicha ley.

2. “CUANDO UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRE PROVISTO MEDIANTE NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA CON UNA EMPLEADA EN ESTADO DE EMBARAZO, DICHO PERIODO SE INTERRUMPIRÁ Y SE REINICIARÁ UNA VEZ CULMINÉ EL TÉRMINO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.”

En efecto, la Ley 909 de 2004 en su Artículo 23 establece que los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito.

Dentro de las etapas del proceso de selección o concurso (Art. 31), la Ley 909 de 2004 establece que la persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

El legislador consideró discriminatorio que la mujer embarazada, afectada física y emocionalmente por su estado, afrontara el periodo de prueba en iguales condiciones que otras personas, más aún teniendo en cuenta que el periodo de prueba constituye la etapa final del proceso de selección o concurso de mérito, que determina el acceso definitivo a la Carrera Administrativa. Por ello cuando un cargo de carrera administrativa se encuentre provisto mediante nombramiento en período de prueba con una empleada en estado de embarazo, dicho periodo se suspende y reiniciará una vez culminé el término de la licencia de maternidad, es decir 84 días después de la fecha de parto, lo cual no solo garantiza la oportunidad para la mujer de afrontar el periodo de prueba en condiciones óptimas, sino que en cierta forma garantiza la estabilidad económica y emocional

de la madre durante la gestación e incapacidad, del menor en su formación y durante sus primeras semanas de vida.

3. “CUANDO UNA EMPLEADA DE CARRERA EN ESTADO DE EMBARAZO OBTENGA EVALUACIÓN DE SERVICIOS NO SATISFATORIA, LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE SU NOMBRAMIENTO SE PRODUCIRÁ DENTRO DE LOS OCHO (8) DÍAS CALENDARIO SIGUIENTES AL VENCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD.”

Una de las causales de retiro del servicio en los términos de la Ley 909 de 2004 (Art. 41 – literal b), es por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. Según el Artículo 43 ibidem, se observan las siguientes reglas:

1. El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.
2. Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento procederá recurso de reposición.
3. Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.
4. La autoridad competente que no resuelva el recurso respectivo dentro del plazo previsto, será sancionada de conformidad con la Ley 734 de 2002 y las normas que la modifiquen o adicionen.

Siguiendo los parámetros y principios orientadores de la Carrera Administrativa, la Ley 909 de 2004 consagra como causal de retiro del servicio, la calificación no satisfactoria del desempeño laboral. Frente a la maternidad, es importante tener en cuenta no se exonera a la mujer embarazada de la evaluación como tal, lo cual implica que el embarazo no debería afectar su desempeño laboral. La protección de la maternidad, únicamente ampara a la mujer en cuanto al retiro efectivo del servicio, es decir, cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

4. “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.”

Otra de las causales de retiro del servicio consagradas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, es por supresión del empleo (literal i). Según el Artículo 44 ibídem, los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

Para efectos de reconocimiento y pago de indemnizaciones, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. Cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

En el párrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se establece una tabla de indemnizaciones, así:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.

2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5): cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10): cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

En el Artículo 45 de la Ley 909 de 2004 se regulan los efectos de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal. Si la incorporación se efectúa en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Si la incorporación se realiza en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

La Ley 909 de 2004 prevé que las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional. Las modificaciones a las plantas de personal de los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Respecto de la protección a la maternidad, cuando motivadamente 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**” lo siguiente:

1. El valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto,

2. 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,

3. 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 la Ley 909 de 2004.

Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a recibir tanto la “Indemnización por Maternidad” como la “indemnización por supresión del empleo” conforme a lo dispuesto en los artículos 44 y 51 de la Ley 909 de 2004.

CONCLUSIONES

1. La protección a la maternidad, como principio constitucional, obliga a que la legislación sea ajustada o confrontada con el mandato constitucional so pena de ser declarada inexecutable, lo que implica la incorporación de normas que materialicen dicha protección, como las medidas específicas consagradas en la Ley 909 de 2004, de Carrera Administrativa.
2. El objeto de la Carrera Administrativa tiene es garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público, sin embargo, su justificación como regla general tiene relación con los objetivos de la función pública, que se adecua a finalidad misma del Estado social de derecho: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P. Art. 2), y a los principios que rigen la función administrativa, como son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P Art. 209).
3. Para la desvinculación de trabajadoras en estado de embarazo, existen unos requisitos ineludibles, básicamente: 1) La existencia de una justa causa, y 2) La autorización del Inspector de Trabajo (para el sector privado y para trabajadoras oficiales), o la motivación del acto administrativo de desvinculación (en el caso de empleadas públicas). La decisión que motiva en acto debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido; de manera que se garantice 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.
4. La estabilidad con la que están protegidos los empleados de carrera no puede ser concebida como una inamovilidad absoluta ya que, si se presentan una de las causales de retiro, el mismo no sólo es legítimo, sino necesario para alcanzar los fines del Estado bajo los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, entre otros, pues se han perdido los méritos y las calidades morales que justifican la permanencia en el cargo. En consecuencia, tal estabilidad es relativa.
5. Con respecto a la protección a la maternidad, existe coherencia entre el mandato constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, y la normatividad incorporada en el régimen de carrera administrativa regulado mediante la Ley 909 de 2004.

6. Las empleadas de carrera administrativa en estado de embarazo, tienen derecho no solo a los beneficios como afiliadas al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud sino a una protección especial consagrada en la Ley 909 de 2004, cuyas medidas se traducen en garantizar una estabilidad relativa en el empleo (asegurando los ingresos durante la gestación), la seguridad social para la madre y el menor, atención del parto, y el reconocimiento de la licencia de maternidad.
7. La Ley 909 de 2004 en su Artículo 51 consagra normas de protección especial a la maternidad para empleadas de carrera administrativa, y para empleadas de libre nombramiento y remoción y nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de dicha ley, pero no incluye a empleadas vinculadas de manera precaria con posterioridad a su vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 27 de septiembre de 1994

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 10 de marzo de 1995

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 8 de abril de 1994

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de noviembre 3 de 1993

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 17522.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Asunto No. 16876 del 8 de octubre de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T. 116 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-497 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-195 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-470 de 1997

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-373 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1998

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-199 de 1999

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-765 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-954 de 2001

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1068 de 2003
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1073 de 2003
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-284 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-390 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-504 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-640 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-729 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-845 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-891 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-929 de 2004
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-140 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-166 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-559 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-597 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-615 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-682 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-788 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-825 de 2005
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1017 de 2005.

GOYES MORENO Isabel; HIDALGO OVIEDO, Mónica. Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. Pasto: Ediciones Unariño, 2006. 222 p.

JARAMILLO PEREZ, Iván. Comentarios a la reforma de seguridad social. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994. 191 p.

LEGIS S.A. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2000. 290 p.

LEGIS S.A. Jurisprudencia y doctrina – revista mensual. Bogotá: Legis S.A.

LEGIS S.A. Legislación – revista quincenal de información y consulta. Bogotá.

LEY 100 de 1993.

LEY 443 DE 1998.

LEY 909 DE 2004.

NARANJO MEZA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Editorial Temis, 1997. 674 p.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Madrid: Vigésima primera edición, 1994. 2133 p.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la seguridad social. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997. 414 p.