

**Función Pública**

Concepto 070101 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000070101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000070101

Fecha: 10/02/2022 08:21:37 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Empleado Provisional. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazada. RADICACIÓN. 20222060067712 de fecha 04 de febrero de 2022.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita concepto sobre la procedencia de retiro del servicio de funcionaria nombrada en provisionalidad en el exterior, una vez terminado su periodo legal, que comunica su estado de gravidez, previo a la desvinculación, me permito manifestar lo siguiente:

El Decreto [274](#) de 2000¹, establece:

"ARTÍCULO 60. NATURALEZA. Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 61. CONDICIONES BASICAS. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

a. Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.) Ser nacional Colombiano

2.) Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.

1) Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.

c. En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el Artículo [62](#) y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los Artículos [63](#) a [68](#) de este Estatuto.

d. Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

PARAGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este Artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera." (Subrayado fuera del texto)

De la norma anterior se puede decir que en cargos de Carrera Diplomática y Consular, se podrán designar a personas que no pertenecen a ella cuando no haya sido posible designar a funcionario de carrera en dichos cargos. Dentro de las condiciones básicas que regulan esta figura esta que aquellos funcionarios nombrados en provisionalidad, no podrá exceder de cuatro años su servicio en el exterior.

Por otro lado, con relación al retiro de servidores nombrados en provisionalidad, se tiene lo siguiente:

La Corte Constitucional mediante Sentencia SU 917 de 2010, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Subrayas fuera de texto).

Igualmente, la Corte Constitucional, respecto al retiro del servicio de una empleada de en estado de embarazo, en sentencia T-834/12, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó su criterio de la siguiente manera:

“(…) 4.5 Pese a esto, la Sala debe insistir en que la viabilidad del amparo de la estabilidad laboral reforzada de la peticionaria está ligada, también, a que cumpla los requisitos de procedencia material que condicionan la protección constitucional de la maternidad por esta vía excepcional. Así las cosas, es necesario comprobar que i) la accionante fue despedida durante el período amparado por el fuero de maternidad; ii) su empleador sabía del estado de embarazo al momento del despido; iii) el despido se dio a causa del embarazo; iv) el despido no fue autorizado por la autoridad laboral correspondiente y v) amenazó el mínimo vital de la mujer o del hijo que está por nacer.

Sería del caso entrar a verificar esos aspectos, si no fuera porque las circunstancias fácticas estudiadas descartan que la peticionaria haya sido separada de su cargo en virtud de un despido. Como el cargo que desempeñaba estaba sujeto a un periodo fijo, es claro que fue retirada del público por una causal objetiva que no está, de ninguna manera, relacionada con su maternidad.

La desvinculación de la accionante obedeció a una causal objetiva de retiro del servicio.

4.6 Al respecto, conviene recordar lo referido con antelación acerca de las pautas que determinan el acceso y el retiro del servicio público: las mismas están contempladas, de manera estricta, en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Los personeros, a quienes la Carta Política identifica como funcionarios de elección y de periodo, se sujetan, para esos efectos, a la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1031 de 2006. La norma indica que son elegidos para periodos institucionales de cuatro años. Por lo tanto, su ejercicio en el cargo está supeditado a un plazo preestablecido.

En este escenario, el despido no es posible. Lo que puede ocurrir, eventualmente, es que se produzca una falta de absoluta del personero, si llega a configurarse alguna de las hipótesis previstas en el Artículo 98 de la Ley 136 de 1994 (muerte, renuncia aceptada, incapacidad física permanente, nulidad de la elección, destitución...). De lo contrario, se aplica la regla: el personero es separado de su cargo una vez transcurre el periodo fijo de cuatro años que opera, indistintamente, para todos los personeros del país.

4.7 Eso fue lo que ocurrió en el presente asunto. La accionante no fue despedida. Simplemente, terminó su vínculo con la administración, a raíz de la finalización del periodo que el legislador le asignó a su cargo. De ahí que no sea posible, por sustracción de materia, verificar si el despido se llevó a cabo durante el embarazo o el término de la licencia de maternidad; si el empleador conocía del estado de embarazo al momento del despido; si el despido se dio por causa de la maternidad y si afectó el mínimo vital de la demandante o el de su futuro hijo.

4.8 Pues bien, la ausencia del despido no ha sido óbice para que esta corporación indague por la configuración de un trato discriminatorio cuando las madres gestantes son separadas de sus cargos al cumplirse el plazo de sus contratos laborales a término fijo o de prestación de servicios. Así las cosas, y teniendo en cuenta que ambas hipótesis involucran la terminación de una relación laboral por el simple transcurso del tiempo, ¿es posible estudiar la situación de la peticionaria bajo esos mismos parámetros?

La Sala estima que no. Básicamente, porque la peticionaria -ni, en general, cualquier servidora pública de periodo fijo podría demostrar la presencia de uno de los elementos que justifica el amparo de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras que son desvinculadas una vez se cumple el plazo pactado en su contrato: una legítima expectativa de permanencia en el cargo, esto es, su confianza en que el mismo será renovado, mientras las causas que motivaron su vinculación no hayan desaparecido. Solo cuando esa expectativa de continuidad y permanencia es defraudada de manera injustificada, la desvinculación puede asociarse a una conducta discriminatoria, que es lo que, en últimas, da lugar a que se ordene el reintegro.

Pero no fue esto lo que le ocurrió a la peticionaria, cuya desvinculación obedeció una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley y que, además, era suficientemente conocido por ella. De ahí que no tuviera razones para confiar en una eventual extensión de su periodo, distinta de aquella a la que habría podido acceder de ser designada como personera en una nueva elección.

4.9 En conclusión, la señora Vélez Casas no fue desvinculada intempestivamente de su cargo de personera, lo cual impide considerar que haya sido víctima de un trato discriminatorio o que haya sufrido una afectación de su mínimo vital derivada de una conducta arbitraria del concejo. Esto, en suma, implica que la solicitud de amparo es materialmente improcedente. No obstante, la Sala encuentra una razón adicional para desestimar la pretensión de estabilidad laboral reforzada. A ella se referirá antes de abordar el siguiente problema jurídico.

La accionante, como funcionaria de periodo fijo, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada

(...)

4.12 La segunda referencia a la imposibilidad de que el principio de estabilidad laboral reforzada opere a favor de servidores públicos de periodo fijo se encuentra en la sentencia T-277 de 2012. El fallo examinó el caso del gerente de una empresa industrial y comercial del Estado que fue separado del cargo al cumplirse su periodo fijo de dos años, a pesar de que estaba en una situación de debilidad manifiesta, debido a la afectación de su estado de salud.

La Sala Cuarta de Revisión de tutelas determinó que el accionante no tenía derecho a ser reintegrado, porque el empleador no llevó a cabo ninguna acción positiva encaminada a su desvinculación. Como esta se dio por el paso del tiempo, esto es, por el vencimiento del plazo determinado en los estatutos de la empresa para su duración, no era posible inferir un trato discriminatorio relacionado con el estado de salud del actor.

4.13 Lo anterior confirma que la pretensión de estabilidad reforzada planteada por la señora Vélez Casas no tiene vocación de prosperidad, pues el concejo municipal de Santa Bárbara no podía mantenerla en su cargo mientras concluía su licencia de maternidad, ni siquiera frente al loable propósito de materializar la consideración especial que merecen las madres gestantes.

(...)

Aunque la peticionaria era una servidora del Estado que, en principio, sería merecedora de la protección especial que la Carta Política consagra sin distinción a favor de todas las trabajadoras privadas y públicas en estado de gravidez, el hecho de que su permanencia en el cargo dependiera de la culminación de un periodo fijo impedía hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección de la maternidad en el ámbito laboral.

Esto no configura una vulneración de su derecho a la igualdad, como lo refirió al intervenir en este trámite de revisión. Lo que ocurre es que el

cargo que desempeñaba se sujeta a unas pautas especiales de acceso y retiro del servicio, que buscan facilitar el correcto ejercicio de la función pública, antes que garantizar la estabilidad en el empleo de sus servidores.

4.14 Así las cosas, la señora Vélez Casas no tiene derecho a la estabilidad laboral que pretende, porque, si bien es una servidora pública, i) fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, que ii) solo puede ser alterado por el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y que iii) obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático. Además, porque la peticionaria iv) no fue despedida, pues su desvinculación obedeció al transcurso del tiempo, lo cual v) impide inferir que haya sido víctima de un trato discriminatorio y vi) descarta

que pudiera abrigar una expectativa legítima sobre una eventual renovación de su periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital. Resuelto este punto, la Sala estudiará el siguiente problema jurídico. (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De conformidad con la ley y la jurisprudencia transcrita, al terminar su periodo un servidor público, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue nombrado para desempeñar un cargo que se encuentra limitado por un periodo, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de la ley, por ser un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

Por lo anterior, y atendiendo su consulta, esta Dirección Jurídica concluye de acuerdo con el Decreto Ley 274 de 2000 y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de fuero de estabilidad laboral reforzada para mujeres gestantes y lactantes, en el caso de los empleos de periodo no aplica, por cuanto la naturaleza del mismo implica que su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo o límite de tiempo para desempeñar un empleo que solo puede ser alterado por la ley.

En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que el Ministerio de Relaciones Exteriores puede dar por terminado el nombramiento provisional de una funcionaria que presta servicio en el exterior y que se encuentra embarazada, cuando cumpla los cuatro (04) años, se entiende que el retiro del servicio de la servidora embarazada se produce atendiendo una causa legal; es decir, por cumplimiento del plazo máximo en el cargo.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:58:19