



Concepto 250791 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000250791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000250791

Fecha: 12/07/2022 03:30:55 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Embarazadas. RETIRO DEL SERVICIO. Empleados provisionales. PRESTACIONES SOCIALES. Licencia de Maternidad ¿Es procedente el retiro del servicio de una empleada pública en licencia de maternidad? ¿Se le debe reconocer y pagar la totalidad de las acreencias laborales? Rad: 20229000323382 del 15 de junio de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta si es procedente el retiro del servicio de una empleada pública en licencia de maternidad y si se debe reconocer y pagar la totalidad de las acreencias laborales; al respecto me permito señalar:

Retiro del servicio de empleados provisionales.

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, se hace necesario revisar lo concerniente a la terminación del nombramiento provisional, señalando que el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispuso:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Este Departamento Administrativo ha venido conceptualizando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, expresa:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. [...]”

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. [...]

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."

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubstancia 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.

Estabilidad laboral reforzada. Embarazadas - Madres.

En el Concepto Marco 09 de 2018 expedido por este Departamento Administrativo, relacionado con la desvinculación de provisionales en situaciones especiales para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos, se concluyó que:

"4. Situación de la empleada provisional embarazada

En la sentencia SU-070 de 2013, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, se unificaron las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, así:

"46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listarán a continuación las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:

Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.

En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)

7.- Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

(...)

Las distintas medidas de protección acordadas en los anteriores supuestos (7, 8 y 9) encuentran sustento en el establecimiento del sistema constitucional de provisión de cargos mediante concurso de méritos, que justifica que "los servidores públicos que se encuentren inscritos en la carrera administrativa ostenten unos derechos subjetivos especiales que refuerzan el principio de estabilidad en el empleo"2. Lo anterior por cuanto la jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa: sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho.

De acuerdo esta sentencia de unificación de la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisión en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y se encuentra en estado de embarazo, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles, sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada a la maternidad, es decir, que no se configura una causa injusta de despido a la empleada, por lo tanto tampoco se considera que la empleada desvinculada en estado de embarazo en estas circunstancias, tenga derecho a ningún tipo de indemnización.

No obstante, para desvincular la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte

Constitucional, es decir, el último cargo a proveer por quienes lo hayan ganado será el de la mujer embarazada y al momento de ocupar el cargo por quien ganó el concurso, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter provisional, se debe realizar el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Conforme a lo expuesto la entidad pública debe nombrar y posicionar al elegible y dar por terminado el nombramiento provisional a la empleada embarazada y pagarle las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Conforme a lo anterior, en el caso de la empleada provisional embarazada o en licencia de maternidad, es procedente su retiro motivado, fundado en la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos. En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en la Sentencia **SU-070** de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, que a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad.

Anotado lo anterior, frente a sus interrogantes se concluye:

1. Según las disposiciones normativas que reglamentan la posesión, la prórroga de esta únicamente puede ser solicitada por la persona que superó el concurso de mérito respectivo y que va a posesionarse, por lo que ni la entidad, ni el empleado en provisional saliente, puede realizar dicha solicitud.
2. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia **SU-070** de 2013, a partir de que surta efectos la terminación del nombramiento de la empleada vinculada con carácter provisional, la entidad deberá realizar el pago de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta el momento en que termine el disfrute de la licencia de maternidad.
3. En el caso de la empleada provisional embarazada o en licencia de maternidad, es procedente su retiro motivado, fundado en la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](http://eva/es/gestor-normativo) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López

11602.8.4

¹ Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.