



Función Pública

Concepto 367101 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000367101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000367101

Fecha: 04/10/2022 08:04:52 a.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Empleado provisional. Radicación No. 20229000451602 de fecha 02 de Septiembre de 2022.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

"El proceso para elegir corregidor esta reglado por la ley 136 de 1994, sin embargo, en el corregimiento de Genoy se nombró sin darle cumplimiento a la ley corregidor en el año 2020 y quedó estipulado en el acto administrativo que dicho nombramiento es de forma provisional hasta tanto se realice el proceso señalado en la norma citada. Actualmente la administración municipal estaba iniciando el proceso para elegir corregidor y la actual corregidora está en estado de embarazo. Frente a dicha problemática solicitamos a la Función Pública emitir un concepto por la colisión de derechos que se presenta y brindarnos una respuesta de fondo ante dicha situación particular. Muchas gracias."

Me permito informarle lo siguiente:

Respecto de la terminación de los nombramientos provisionales, el Artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, establece:

"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."

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su sentencia SU-070 de 2013, con ponencia del Magistrado Alexei Julio Estrada, unificó las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, en los siguientes términos:

"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 surtir 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”. 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 Derecho³.

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 posesionar al elegible y dar por terminado el nombramiento provisional a la empleada embarazada y pagarle las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.” (Se subraya).

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que la estabilidad relativa que se le ha reconocido a las mujeres embarazadas con nombramiento provisional, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito y, por tanto, es procedente su retiro, cumpliendo de igual forma con la motivación del acto de retiro, que, para el caso, será la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos.

No obstante, la entidad debe acatar las reglas establecidas en la Sentencia de Unificación de 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 y 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.

Finalmente, 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: Christian Ayala

Revisó: Maía Borja.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:23:03