

**Función Pública**

Concepto 271091 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000271091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000271091

Fecha: 29/06/2023 07:18:18 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de Maternidad. Radicado. 20232060594792 de fecha 05 de junio 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a esta dependencia el 5 de junio de 2023, mediante la cual consulta en relación al retiro del servicio por posesión de titular del cargo de empleada en nombramiento provisional la cual se encuentra en estado de embarazo, me permito dar respuesta a la misma de la siguiente manera:

Es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento, de igual manera no realizamos liquidaciones ni definimos temas relacionados con el sistema de seguridad social integral.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni la elaboración de fórmulas de liquidación de prestaciones sociales, pues esta función les corresponde a las oficinas de talento humano de cada una de las entidades públicas.

No obstante, a manera de orientación, se le indicará la normativa aplicable a su inquietud con el objeto que el consultante adopte las decisiones respectivas sobre el tema.

"solicito que se ampare mis derechos fundamentales como sujeto de especial protección constitucional mujer gestante y el derecho de maternidad laboral reforzada, mínimo vital y al debido proceso, se ordene a la ALCALDIA MUNICIPAL DE CIENAGA MAGDALENA, la no desvinculación de las prestaciones sociales de Ley que me corresponde en la situación que estoy enfrentando hasta lograr la sobreviviente licencia de maternidad y tiempo de lactancia, modificando el Decreto en cuestión en cuanto a reconocer, motivar y decretar protección sobre el estado de gravidez y lactancia con las correspondientes afiliaciones a seguridad social y prestaciones dejados de percibir desde la comunicación del Decreto."

Con respecto al nombramiento provisional que se efectúa en empleos de carrera administrativa que presentan vacancia definitiva, el Decreto 1083 de 2015², dispone en sus artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.2 lo siguiente:

"(...) ARTÍCULO 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

(Subrayado nuestro)

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. (Subrayado nuestro)

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. (Subrayado nuestro)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

(...)"

De acuerdo a lo anterior, los empleos de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan sido seleccionadas mediante este proceso y hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojó el concurso respectivo, es decir que quienes cumplan con todos los requisitos de ley, los establecidos en el manual específico de funciones y los que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y el respectivo período de prueba.

Ahora bien, las entidades del Estado por necesidades del servicio, pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad, pero dicho nombramiento puede llegar a su terminación antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, a esto hace referencia el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 el cual dispone:

"(...) **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. (...)” El retiro anticipado del empleado en provisionalidad, como ya lo ha reiterado este Departamento Administrativo, debe ser motivado, esto fundamentado en las diferentes sentencias emitidas por la Corte Constitucional en las cuales se sostiene que el empleado tiene el derecho de conocer las razones por las cuales se procede a desvincularlo de su cargo anticipadamente y así puede ejercer su derecho a la contradicción.

La Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010, expresa, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, lo siguiente:

"(...) 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 conserve 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. (...)”

(Subrayado nuestro).

Según la normatividad citada y lo conceptuado por la Corte Constitucional la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, imposición de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Es decir que los empleados públicos que ocupan un cargo de carrera administrativa en nombramiento provisional tiene una estabilidad laboral relativa, puesto que, únicamente pueden ser removidos de manera anticipada por causas legales que obran como razones objetivas y tienen que ser expresadas claramente en el acto de desvinculación, dentro de estas se encuentra la provisión del empleo que ocupaban, cuando una persona supera el concurso de méritos y se encuentra dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo respectivo.

Además, los empleados que se encuentran en nombramiento provisional pueden participar en los concursos de méritos dispuestos por el Estado, en igual de condiciones con todas las personas que decidan aplicar, y gozan de estabilidad laboral, condicionada al tiempo de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados

La Corte Constitucional sentencia [SU-446](#) de 2011, precisó que:

“(...) la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente. (...)”

Se tiene entonces que, en la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales, previa aplicación y superación de concurso de méritos, y el respectivo periodo de prueba, siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción, si el empleado provisional aplico al concurso de méritos para proveer el cargo que ocupa, gozara de estabilidad laboral durante el proceso de selección y hasta que, si es el caso, sea reemplazado por la persona que meritoriamente deba ocuparlo.

En el caso que nos ocupa, como es la desvinculación de empleados que cuentan con estabilidad laboral reforzada, específicamente una mujer que está disfrutando de su licencia de maternidad y lactancia, frente al deber de proveer el cargo con la persona ganó la plaza mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación [SU-070](#) de 2013 Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, después de realizar análisis de las diferentes reglas jurisprudenciales, las unifico de la siguiente manera:

“(...) 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 méritos¹, 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 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. (...)”

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, quien al finalizar su período advierte a la administración de su estado de embarazo, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley; y el hecho de que su permanencia en el cargo dependa de la culminación de un período fijo impide hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección de la maternidad, por cuanto en este evento no se configura el despido, simplemente, termina el vínculo con la administración, a raíz de la finalización del período que el Legislador le asignó a su cargo.

La Constitución Política, en su artículo 43 regula sobre el tema lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.» (Subrayado fuera de texto).

El Decreto 1083 de 2015³ en relación con las licencias de maternidad establece:

“(…) ARTÍCULO 2.2.5.5.10 Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. (...)”

“(…) ARTÍCULO 2.2.5.5.12 Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador. (...)”

Con respecto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Ley 1822 de 2017⁴, por la cual se modifica el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su artículo 1 lo siguiente, a saber:

“(…) ARTÍCULO 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

(...) ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar: a) El estado de embarazo de la trabajadora; b) La indicación del día probable del parto, y c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

Así mismo, el Decreto 019 de 2012⁵, dispuso:

“(…) ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia. (...)” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la norma transcrita, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por la administración ante la EPS, en cuanto

al pago, la Entidad podrá efectuarlo directamente con el fin de garantizar los beneficios salariales que disfrutará en licencia de maternidad y no desampararla en sus derechos y los de su hijo, y posteriormente hace un recobro a la EPS respectiva.

Tomando como fundamento la jurisprudencia y normatividad anteriormente citada, y para darle respuesta a sus inquietudes esta Dirección Jurídica se permite manifestarle que de acuerdo al caso referido en su consulta, la empleada que se encuentra disfrutando de licencia de maternidad y lactancia, puede ser retirada del cargo mediante desvinculación motivada, fundamentada en la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, siempre que la persona a proveer se encuentre en la lista de elegibles, cumpla con todos requisitos de Ley, los específicos de funciones y los que tenga adoptado la entidad, previa superación del respectivo período de prueba.

Cuando se dé por terminado el nombramiento provisional y deba surtir el nombramiento definitivo en carrera administrativa, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen a la empleada desvinculada, el disfrute de la licencia de maternidad y realizar mes a mes el pago de la afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

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 botón web Gestor Normativo puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Carolina Rivera

Revisó: Maía Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

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

3 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

4 Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones

5 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 15:37:39