

**Función Pública**

Concepto 210831 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000210831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000210831 2

Fecha: 12/04/2024 02:17:47 p.m.

Bogotá D.C

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. -Embarazada Radicación: 20242060268062 del 22 de marzo de 2024.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta lo siguiente: *En la entidad se vienen adelantando diferentes procesos relacionados con posibles desvinculaciones de personal que se desempeña en provisionalidad relacionados con el desarrollo del proceso de selección que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer empleos del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del MINISTERIO DEL INTERIOR-EON 2020-2, que se encuentra en su última fase, así como algunos casos de personal de libre nombramiento y remoción. En dichos procesos se pueden encontrar un grupo de funcionarias que se encuentran dentro del término del período de lactancia, previsto en la Ley 2306 de 2023, siendo necesario tener claridad sobre dicha situación y poder aplicar en debida forma los procedimientos correspondientes. De acuerdo con lo antes indicado, solicitamos su expreso pronunciamiento sobre la existencia y mecanismos de la aplicación del fuero de la estabilidad reforzada que se presenta durante el período de lactancia ante las modificaciones establecidas en la Ley 2306 ya mencionada. Agradecemos en forma especial el estudio y la respuesta que se brinde a la presente, con el fin de contar con la información adecuada para poder adoptar las medidas administrativas correspondientes, para dar cumplimiento a las disposiciones existentes sin afectar los derechos de funcionarias que se puedan encontrar en esta situación, que permitan así mismo proteger en debida forma los intereses para el Ministerio en las actuaciones a que haya lugar en estos eventos.*

Se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es necesario indicarle que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

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. No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que los nombramientos provisionales, se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio, que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito; el cual se fundamentará en las causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no existan empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Ahora bien, en lo que respecta al retiro de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015², establece:

“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” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-917 de 2010, con ponencia del Doctor Jorge Iván Palacio Palacio, además de determinar que el empleado provisional, debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que pueda ejercer su derecho de contradicción expresa:

“En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad”

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”

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” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

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, 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, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En ese orden de ideas, los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, que el acto administrativo por medio del cual se efectúa su desvinculación, debe encontrarse motivado, es decir, contener las razones de la decisión; lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad, para efectos de que el empleado pueda ejercer igualmente su derecho de contradicción.

Así las cosas, conforme lo expresa la Corte Constitucional, los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

Cuando existan razones específicas atinentes al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

En este sentido, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, debe adelantarse mediante acto motivado, 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, a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción.

De esta manera, 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.

Correlativamente, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-531 de 2007, con ponencia del Doctor Álvaro Tafur Galvis, sobre la mujer en estado de embarazo preceptuó:

"3.2. Obligación del estado de adoptar acciones afirmativas para contrarrestar la discriminación por el estado de gravidez. Presunción del despido por embarazo. Especial protección constitucional

-

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Partes tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos, entre otros, de sexo y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer determina que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar "(...) bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo (...) " además de "prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

El Convenio 183 de la OIT, sobre la protección a la maternidad, "impone a los Estados Parte lograr la igualdad real de la mujer trabajadora atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad", de modo que "todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación del empleo, con inclusión del acceso al [mismo] ". En concordancia con lo anterior, la Constitución Política en su artículo 43 establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la vez a que adopta medidas especiales de protección para la mujer en estado de embarazo y después del parto.

Prevé el artículo constitucional:

"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 desamparada.

-

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia"

Dispone el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 235, que "la maternidad gozará de protección del Estado" y el artículo 239 i) prohíbe despedir a la mujer que se encuentre en estado de gravidez y ii) presume que todo despido realizado durante el embarazo o la lactancia se presume discriminatorio, salvo que para el efecto medie el permiso a la autoridad del trabajo.

Al respecto esta Corte señala:

"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. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que además, el despido es ineficaz".

-

"Si una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a: ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores. (i) el equivalente a los salarios de 60 días, (H) 12 semanas de salario como descanso remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a' que hubiere lugar según la modalidad del contrato".

Sostiene esta Corte que "resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer por el hecho de la maternidad, pues de ser así, se contravienen sus derechos al libre desarrollo a la personalidad y a la familia misma como núcleo esencial de la sociedad". (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De igual manera, nuestra Constitución Política, sobre la protección a la mujer en estado de embarazo, señala:

ARTICULO 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En este mismo orden de ideas, debe anotarse que, 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 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”

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

Finalmente, la misma Corte Constitucional, reiteró esta posición mediante Sentencia de Unificación SU-075 de 2018, en la que indicó:

“2.3.4.4. Vinculación en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, de conformidad con la Sentencia SU-070 de 2013, se aplican las siguientes reglas:

(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre 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. (Subrayado y negrilla nuestra)

(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” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y se encuentra en licencia de maternidad, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles en todo caso se debe garantizar el pago de la licencia de maternidad en los términos establecidos en la norma aplicable incluida la Ley 2306 de 2023³, sin que el periodo de latencia genere una estabilidad relativa.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Guzmán.

Revisó: Maía Borja.

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública Por medio de la cual se promueve la protección de la maternidad y la primera infancia, se crean incentivos y normas para la construcción de áreas que permitan la lactancia materna en el espacio público y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2025-12-17 19:57:19