



Función Pública

Concepto 464011 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000464011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000464011

Fecha: 12/07/2024 09:57:50 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO- Empleada provisional en estado de embarazo. Estabilidad laboral reforzada. RAD. 20249000466032 de fecha 07 de junio de 2024.

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:

1. Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

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

3. 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.

Ahora bien, en lo referente a la mujer en estado de embarazo, encontramos que la Constitución Política, a través de su artículo 43 establece:

"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." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Conforme lo expresa el mandato constitucional, la licencia de maternidad configura una protección especial, en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula, no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

En este sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-531 de 2007, con ponencia del Doctor Álvaro Tafur Galvis 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 y resaltado 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)

En este mismo sentido, en lo referente al período de lactancia, encontramos que el Decreto 1083 de 2015³ establece:

"ARTÍCULO 2.2.31.1 PROHIBICIÓN DE DESPIDO.

1. Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De otra parte, en relación con la ampliación del periodo de lactancia, la Ley 2306 de 2023⁴ establece:

"ARTÍCULO 6. Modifíquese el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo el cual quedará así:

ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad, y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad de/ menor: siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua.

El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.

Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De acuerdo con la normativa trascrita, el propósito y alcance de la norma, se encuentra relacionado con la protección de la lactancia materna, estableciendo obligaciones a los empleadores para la garantía de dicho derecho; no obstante, la norma en comento, no establece obligaciones relativas a la estabilidad laboral por fuero de maternidad, lo cual esta debidamente regulado por las normas y jurisprudencia citadas.

De acuerdo con lo citado en precedencia, se encuentra que: i) Conforme a las disposiciones legales vigentes y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el fuero de protección especial a la mujer embarazada abarca, tanto el periodo de embarazo, como la lactancia durante los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto; ii) Esta protección cobija a todas las mujeres embarazadas, independientemente del tipo de vinculación; iii) Las disposiciones de la Ley 2306 de 2023⁵, si bien amplía la protección a la lactancia, estableciendo obligaciones relativas a permisos remunerados para dicha actividad; no incorpora medidas relacionadas con el periodo de estabilidad laboral por fuero de maternidad, ni a la ampliación de dicho periodo.

De esta manera, conforme a lo expuesto y dando respuesta a su consulta, podemos decir que una empleada nombrada en provisionalidad, en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y que se encuentra en estado de embarazo, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles.

No obstante, para desvincular a la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional, lo que implica que, 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 las prestaciones correspondientes, que garanticen el disfrute completo de la licencia de maternidad.

Finalmente, respecto de la empleada que se encuentra en la licencia de maternidad, se reitera que, las disposiciones de la Ley 2306 de 2023, si bien amplían la protección a la lactancia, estableciendo obligaciones relativas a permisos remunerados para dicha actividad; no incorpora medidas relacionadas con el periodo de estabilidad laboral por fuero de maternidad, ni a la ampliación de dicho periodo.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Alessandro Saavedra Rincón

Revisó:Maia Borja.

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 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

5 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: 2026-01-30 00:01:52