



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 124801

Fecha: 28/03/2023

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Estabilidad Laboral Reforzada. Empleadas provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas. **RETIRO DEL SERVICIO.** Empleados Provisionales. **RAD. 20232060120152 y 20232060120512** del 22 de febrero de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa una situación particular sobre el retiro de una empleada provisional es estado de embarazo, en cuanto a la provisión por medio de un concurso de méritos, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

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.»*

Por otro lado, 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”. 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.»

Por lo anterior, la estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito, por ende, en el caso de la empleada provisional embarazada, 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.

Es importante resaltar 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.

En consecuencia, dando contestación a su interrogante, no es viable que la entidad suspenda el proceso de notificación y nombramiento de la lista de elegibles como resultado del concurso de méritos, la entidad pública deberá nombrar y posesionar a la persona que se encuentre en primer lugar en la lista y dará por terminado el nombramiento en provisionalidad de la empleada pública embarazada y tendrá la obligación de pagarle las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Con 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 <https://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.