



Función Pública

Concepto 021471 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000021471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000021471

Fecha: 21/01/2021 05:30:29 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. Radicado: 20212060028282 del 20 de enero de 2020.

En atención a la radiación de la referencia, en la cual consulta como debe proceder la entidad teniendo una mujer en estado de embarazo ocupando un cargo en provisionalidad, cuando se debe efectuar el nombramiento y posesión en periodo de prueba de quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo

tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, de manera que la resolución concreta del caso, corresponderá a la entidad consultante.

Ahora bien, respecto de la terminación de los nombramientos provisionales, el artículo [2.2.5.3.4](#) del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública 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 su parte, la Corte Constitucional mediante [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, frente al mismo tema sostuvo:

“(…) De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

-

(…)

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". (Negrita y subrayado fuera de texto).

Adicional a lo anterior, la Circular Conjunta [0000032](#) del 3 de agosto de 2012, expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

"De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. [01](#) de 2008 o [04](#) de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley [909](#) de 2004 y los decretos reglamentarios".

Conforme a la normativa y jurisprudencia expuesta, y precisando que el nombramiento provisional, es un nombramiento de carácter excepcional, esta Dirección Jurídica, considera que la terminación del nombramiento provisional 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.

Razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario.

Ahora bien, respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en estado de embarazo, 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 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 Derecho”.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que una empleada nombrada en provisionalidad 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 este hecho, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada a la maternidad.

Es decir, lo anterior, no 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, sin embargo, con la desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter provisional, se debe realizar el pago de prestaciones a que haya lugar, que garanticen la licencia de maternidad.

En consecuencia, y para dar respuesta a su comunicación, esta Dirección Jurídica considera que la empleada provisional que se encuentra en estado de embarazo, debe ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, toda vez que, como lo señala la Corporación, su condición no los exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, la entidad podrá desvincularlo mediante acto administrativo, el cual se motivará teniendo como precepto que el cargo va a ser ocupado por quien participó y superó un concurso de méritos, haciéndose merecedor del cargo, encontrándose esta dentro de una causal legalmente aceptada para el retiro de empleados en provisionalidad.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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.

Atentamente

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:42:53