



# Concepto 062821 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000062821\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000062821

Fecha: 13/02/2023 02:06:41 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO Embarazadas. PRESTACIONES SOCIALES. Aportes al Sistema de Seguridad Social. RAD. 20239000042912 del 23 de enero de 2023.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta: *Es viable continuar realizando los aportes a seguridad social a una ex empleada en estado de embarazo y estado de incapacidad, que fue retirada del servicio.*

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos, asumiendo que el cargo que ocupaba la funcionaria de su escrito es uno en provisionalidad, ya que no es claro en su consulta.

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las personas embarazadas. Justamente en la sentencia SU-070 de 2013 con 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". 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 igual forma, la misma Corte Constitucional reiteró esta posición mediante Sentencia de Unificación SU-075 de 2018, en la que indicó resumidamente:

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

39. 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 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. (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.

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 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, así como deberá pagarle las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

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 prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Para efectos de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en virtud del artículo 1° de la Ley 2141 de 2021, que modifica el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (aplicable en este caso a las trabajadoras del sector público), se amplía el fuero de estabilidad laboral reforzada hasta la terminación de la licencia de maternidad, es decir hasta que se cumplan las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

En el caso de las empleadas provisionales embarazadas, es procedente su retiro motivado, y para el caso que nos ocupa debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos.

En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en las Sentencias SU-070 de 2013 y SU-078 de 2018, se debe indicar con fundamento en las mismas, 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 de manera que se garantice el disfrute de la licencia de maternidad respectiva.

Con base a lo expuesto anteriormente, esta Dirección Jurídica en el caso puntual de su consulta concluye, que resulta viable que el nominador o jefe de la entidad en el cual laboró la ex empleada, continúe realizando los aportes a seguridad social en salud mes a mes, de manera que se garantice el disfrute de la licencia de maternidad respectiva.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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

Proyecto: Yaneirys Arias.

Revisó: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:54:22*