



Concepto 171261 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000171261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000171261

Fecha: 02/05/2023 04:26:57 p.m.

Bogotá D.C.,

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de Maternidad. Radicado: 20232060188942 del 27 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por la Comisión Nacional de Servicio Civil, el cual fue remitida a este departamento, donde consulta lo siguiente:

(...)

“Una funcionaria nombrada en provisionalidad presento prueba de embarazo, lo que genera una condición especial protección por fuero de maternidad.

El cargo que desempeña la funcionaria embarazada fue objeto de concurso de méritos y la comisión del servicio civil expidió la correspondiente lista de legible.

Es procedente aplazar el nombramiento en periodo de prueba de la persona que obtuvo el derecho por haber ocupado el primer lugar de privilegio en la lista de elegibles mientras dure el proceso de embarazo y licencia de maternidad de la funcionaria nombrada en provisionalidad o cual sería el procedimiento adecuado para efectuar el nombramiento en periodo de prueba de la persona que obtuvo el derecho por haber ocupado el puesto de privilegio en correspondiente lista de elegibles.” (...)

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.

Ahora bien, 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 lo que 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.

Sin embargo, a modo de información general respecto de la situación planteada, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Con respecto al nombramiento provisional que se efectúa en empleos de carrera administrativa que presentan vacancia definitiva, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispone en sus artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.2 lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda. (Subrayado nuestro)

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las

disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. (Subrayado nuestro)

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. (Subrayado nuestro)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. (...)"

De acuerdo a lo anterior, los empleos de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan sido seleccionadas mediante este proceso y hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arrojó el concurso respectivo, es decir que quienes cumplan con todos los requisitos de ley, los establecidos en el manual específico de funciones y los que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y el respectivo período de prueba.

Ahora bien, las entidades del Estado por necesidades del servicio, pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad, pero dicho nombramiento puede llegar a su terminación antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, a esto hace referencia 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:

"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".

El retiro anticipado del empleado en provisionalidad, como ya lo ha reiterado este Departamento Administrativo, debe ser motivado, esto fundamentado en las diferentes sentencias emitidas por la Corte Constitucional² en las cuales se sostiene que el empleado tiene el derecho de conocer las razones por las cuales se procede a desvincularlo de su cargo anticipadamente y así puede ejercer su derecho a la contradicción.

La Corte Constitucional en Sentencia SU-917 de 2010, expresa, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, lo siguiente:

"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 conserve 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 nuestro).

Según la normatividad citada y lo conceptuado 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, imposición de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Es decir que los empleados públicos que ocupan un cargo de carrera administrativa en nombramiento provisional tiene una estabilidad laboral relativa, puesto que, únicamente pueden ser removidos de manera anticipada por causas legales que obran como razones objetivas y tienen que ser expresadas claramente en el acto de desvinculación, dentro de estas se encuentra la provisión del empleo que ocupaban, cuando una persona supera el concurso de méritos y se encuentra dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo respectivo.

Además, los empleados que se encuentran en nombramiento provisional pueden participar en los concursos de méritos dispuestos por el Estado, en igual de condiciones con todas las personas que decidan aplicar, y gozan de estabilidad laboral, condicionada al tiempo 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

La Corte Constitucional sentencia [SU-446](#) de 2011, precisó que:

“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”.

Se tiene entonces que, en la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales, previa aplicación y superación de concurso de méritos, y el respectivo periodo de prueba, siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción, si el empleado provisional aplico al concurso de méritos para proveer el cargo que ocupa, gozara de estabilidad laboral durante el proceso de selección y hasta que, si es el caso, sea reemplazado por la persona que meritoriamente deba ocuparlo.

En el caso que nos ocupa, como es la desvinculación de empleados que cuentan con estabilidad laboral reforzada, específicamente una mujer que está disfrutando de su licencia de maternidad y lactancia, frente al deber de proveer el cargo con la persona ganó la plaza mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación [SU-070](#) de 2013 Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, después de realizar análisis de las diferentes reglas jurisprudenciales, las unifico de la siguiente manera:

“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 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”.

Tomando como fundamento la jurisprudencia y normatividad anteriormente citada³, la empleada que se encuentra disfrutando de licencia de maternidad y lactancia, puede ser retirada del cargo mediante desvinculación motivada, fundamentada en la provisión definitiva del cargo por

haber adelantado el concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, siempre que la persona a proveer se encuentre en la lista de elegibles, cumpla con todos requisitos de Ley, los específicos de funciones y los que tenga adoptado la entidad, previa superación del respectivo período de prueba.

Además, el cargo ocupado por la empleada que se encuentra en embarazo o en licencia de maternidad y lactancia, será el último a proveer teniendo en cuenta que el cargo y la plaza en la que ejercerá funciones quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando se dé por terminado el nombramiento provisional y deba surtir el nombramiento definitivo en carrera administrativa, la entidad deberá realizar la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen a la empleada desvinculada, 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 respectiva.

Por lo tanto, conforme lo analizado en criterio de esta Dirección Jurídica, la estabilidad que se le ha concedido a las empleadas provisionales que se encuentren en estado de embarazo o disfrutando de licencia de maternidad, cede ante el mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito, por lo que es procedente su retiro, mediante acto de desvinculación motivado, sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada a la maternidad, con fundamento en la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos, teniendo en cuenta que este deberá ser el último a proveer, a su vez se debe verificar que el cargo y la plaza en la que ejercerá funciones quien ganó el concurso, tiene que ser el mismo para el que aplicó, además, es necesario indicar en el acto de retiro 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 el disfrute de la licencia de maternidad respectiva, 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 referenciada.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link 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.

Cordialmente.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Yaneiry Arias.

Reviso: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

2 Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Sentencia de Unificación SU-070 de 2013 Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:29:35