



Función Pública

Concepto 108461 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000108461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000108461

Fecha: 18/03/2020 10:04:59 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Procedimiento que debe emplear la administración para la provisión de un empleo ocupado por una empleada pública con nombramiento en provisionalidad que se encuentra en estado de embarazo, resaltando que existe una lista de elegibles en virtud de un concurso de méritos. RAD. 20202060054852 del 10 de febrero de 2020.

En atención al oficio de la referencia el cual fue remitido a esta entidad por parte del Ministerio del Trabajo, en el cual consulta:

1. Cuál es el procedimiento idóneo para obrar en el caso de la referencia, teniendo en cuenta que existe el derecho al mérito y a la protección de la mujer embarazada.
2. Se puede terminar la relación legal y reglamentaria a la servidora judicial embarazada vinculada en provisionalidad para posesionar a la persona que se encuentra en la lista de elegibles del concurso mencionado.
3. Se puede terminar la relación legal de la señora en provisionalidad y continuar con los aportes de la seguridad social.

Frente a las preguntas formuladas, me permito analizar lo siguiente.

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-070 del 13 de febrero de 2013 respecto de protección reforzada a la mujer en estado de embarazo unificó su jurisprudencia y analizó los despidos que pudieran producirse y dependiendo de la vinculación de la empleada, estableció el criterio que se debe tener en cuenta en cada uno de los casos analizados, dentro de los que contempla las reglas de aplicación el evento de la mujer embarazada en provisionalidad que ocupa un cargo de carrera y señaló:

«MUJER EMBARAZADA EN PROVISIONALIDAD QUE OCUPA CARGO DE CARRERA-Reglas de aplicación

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.

Con fundamento en lo anterior este Departamento considera que una trabajadora 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.

Así las cosas, la desvinculación de la empleada genera como consecuencia el no reconocimiento económico y la privación de su afiliación al sistema de seguridad social en salud, circunstancia que conlleva además el que no se garantice la licencia de maternidad, circunstancia esta última que es la que precisamente se protege con la Sentencia Unificada SU- 070 de 2013.

Con relación a la desvinculación de empleados nombrados con carácter provisional, es importante tener en cuenta que la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual señala:

«ARTICULO 132.FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.»

No obstante, la Corte Constitucional¹ se ha manifestado respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad y a la potestad del

nominador para declarar insubsistente el cargo, en los siguientes términos:

«No sobra señalar que para la Corte, los servidores que ocupan cargos de carrera en provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el servidor público que ocupa cargos en provisionalidad “no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.”

“En conclusión para esta Corporación, un servidor público que ha sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, goza de estabilidad laboral intermedia y por ello el acto administrativo que declare la insubsistencia en el nombramiento de su cargo debe ser motivado expresando las razones fundadas en motivos disciplinarios, o en el desempeño de sus labores o en la ley por las cuales opera su retiro.»

Por su parte el Consejo de Estado en Sentencia del 29 de mayo de 2012² determinó:

«La Sección Segunda ha prolijado de tiempo atrás el criterio tendiente a que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y de su decreto reglamentario, 1227 de 2005, es necesaria la motivación del acto administrativo que declare la insubsistencia de un provisional.

En efecto, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley.

Frente el contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) 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”.

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).»

En este sentido, la Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

«...En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

“(…)”

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

“(…)”

“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.» (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la Corte Constitucional ha mantenido su posición en el sentido de instruir que los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las causales señaladas, debiendo la administración motivar el acto de terminación del empleo:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

Provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos.

Calificación insatisfactoria u otra razón atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Por lo tanto, el retiro del servicio de un empleado vinculado con carácter provisional debe ser motivado, y para el caso que nos ocupar debe fundarse en provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos.

En este mismo acto administrativo y con el objeto de dar cumplimiento a lo señalado en la Sentencia SU-070 de 2013, se debe indicar con fundamento en la misma, 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.

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 <http://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: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia T-157 de 2008 - Expediente T-1714005 - Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

2. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A; Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00610-00(AC).

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:35:45