



Función Pública

Concepto 024801 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000024801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000024801

Fecha: 19/01/2022 04:40:16 p.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIOS. Es viable el retiro de una empleada que fue nombrada con carácter provisional para suplir la vacancia temporal, mientras su titular se encuentra en comisión, teniendo en cuenta que la empleada se encuentra en estado de embarazo. RAD. 20212060762792 del 24 de diciembre de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual pone de presente una situación particular respecto de una empleada que fue nombrada con carácter provisional para suplir una vacancia temporal, mientras su titular se encuentra en comisión, teniendo en cuenta que la empleada se encuentra en embarazo, se pregunta si es posible desvincular a la servidora mediante acto administrativo debidamente motivado sin autorización del inspector del trabajo o si por el contrario, es necesario reubicar a la servidora en provisionalidad en otro cargo.

En este último evento, revisada la planta global, se encontró que no hay disponibilidad de cargos para que la servidora en estado de embarazo sea reubicada, por lo igualmente preguntan cómo ha de proceder la entidad para garantizar la estabilidad laboral reforzada, me permito manifestarle lo siguiente.

Inicialmente es importante destacar que, la Ley 909 de 2004¹, establece:

«ARTÍCULO 25. *Provisión de los empleos por vacancia temporal.*

Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.» (Subrayas fuera de texto)

Lo anterior nos indica que quien sea nombrado con carácter provisional para desempeñar un empleo de carrera vacante en forma temporal, podrá permanecer en el ejercicio del mismo sólo hasta el momento en que se produzca la terminación de la causa que originó tal vacancia y, en consecuencia, su titular, con derechos de carrera, asuma su ejercicio. En el caso planteado el nombramiento en provisionalidad será por el término de la situación administrativa en la que se encuentre el servidor que tiene derechos de carrera como titular del empleo, para el caso objeto de estudio (del empleado que se encuentra en comisión).

Por consiguiente, el nombramiento provisional que se efectúe en un empleo de carrera vacante temporalmente, de conformidad con la ley, sólo subsistirá por el término de la vacancia, lo cual conlleva el retiro inmediato del empleo que se ejerce mediante la provisionalidad, con el fin de que su titular lo asuma -Artículo 25 de la ley 909 de 2004.

El Acto de Insubstancia de un nombramiento Provisional debe ser motivado, en este sentido lo interpretó la Corte Constitucional mediante Sentencia SU 917 de 2010, en la cual señala:

«El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubstancia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo

con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión".

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".

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. 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 sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados." (Subrayas fuera de texto).

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T-531 de 2007, señaló:

«3.2. Obligación del estado de adoptar acciones afirmativas para contrarrestar la discriminación por el estado de gravidez. Presunción del despido por el embarazo. Especial protección constitucional

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los Estados Partes tienen el deber de garantizar la protección efectiva contra cualquier clase de discriminación por motivos, entre otros, de sexo y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer determina que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar "(...) bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo (...)" además de "prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

El Convenio 183 de la OIT, sobre la protección a la maternidad, "impone a los Estados Parte lograr la igualdad real de la mujer trabajadora atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad", de modo que "todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación del empleo, con inclusión del acceso al [mismo] ". En concordancia con lo anterior, la Constitución Política en su Artículo 43 establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la vez a que adopta medidas especiales de protección para la mujer en estado de embarazo y después del parto.

Prevé el Artículo constitucional:

"Art.43.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

Dispone el Código Sustantivo del Trabajo, en su Artículo 235, que "la maternidad gozará de protección del Estado" y el Artículo 239 i) prohíbe despedir a la mujer que se encuentre en estado de gravidez y ii) presume que todo despido realizado durante el embarazo o la lactancia se presume discriminatorio, salvo que para el efecto medie el permiso a la autoridad del trabajo.

Al respecto esta Corte señala:

Carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que, además, el despido es ineficaz.

[S]i una trabajadora es despedida por su empleador y este no cuenta con la autorización administrativa para proceder al retiro, tiene derecho a: ser reintegrada y al pago de una indemnización conformada por los siguientes factores. (i) el equivalente a los salarios de 60 días, (H) 12 semanas de salario como descanso remunerado, y (iii) Las indemnizaciones por retiro sin justa causa y prestaciones a' que hubiere lugar según la modalidad del contrato.

Sostiene esta Corte que "resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer por el hecho de la maternidad, pues de ser así, se contravienen sus derechos al libre desarrollo a la personalidad y a la familia misma como núcleo esencial de la sociedad." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Los casos a que hacen referencia los fallos anteriores son similares a la situación de la vinculación del empleado provisional que suple una vacancia temporal de un empleo de carrera administrativa, cuyo nombramiento en tales vacancias no le garantiza estabilidad laboral, ni le confiere un derecho superior al del empleado de carrera titular del empleo.

Con respecto de la protección a la mujer en estado de embarazo, la Constitución Política de Colombia, señala:

«ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.» (Resaltado nuestro).

A su vez, el Decreto Ley 3135 de 1968², al respecto, indica:

«ARTÍCULO 21. Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres (3) meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si de empleada. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece.

En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.» (Subraya fuera del texto)

De la misma manera, el Decreto 1083 de 2015³, refiere:

«ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.

1. Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.

ARTÍCULO 2.2.31.2 Presunción de despido por embarazo. *Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el Artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.»* (Resaltado nuestro).

En cuanto a la licencia de maternidad, la Ley 1822 de 2017⁴, dispone:

«ARTÍCULO 1. El Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. *Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.*

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.»

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-258 de 2000, se pronunció al respecto:

«No obstante, encuentra la Sala que, para la procedencia de esta prestación económica, es indispensable que el patrono se encuentre al día en el pago de las cotizaciones a la respectiva EPS pues, de lo contrario, a él correspondería asumir tanto las prestaciones asistenciales como económicas que fueren necesarias, como sanción por su incumplimiento. Así lo establece la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, que radican en cabeza de los patronos incumplidos los costos y responsabilidad por la atención de salud que requieran sus empleados cuando no realizan oportunamente el pago de las correspondientes cotizaciones a las EPS.»

Como puede observarse, de acuerdo con las normas citadas, existe la prohibición de despedir a toda trabajadora oficial o empleada pública durante el período de embarazo, la licencia por maternidad y los tres meses posteriores al mismo; para efectuar un despido durante dicho lapso, en caso de trabajadora oficial, se debe solicitar autorización al Inspector del Trabajo, en tanto que, si se trata de empleada pública, se debe efectuar mediante resolución motivada. De no cumplirse con estas formalidades al momento de despedir la servidora pública gestante, se presume que el motivo del retiro fue su estado de embarazo o licencia por maternidad.

Aun cuando la norma se refiere a los períodos de embarazo y de lactancia como cobijados por el fuero de estabilidad, la misma disposición establece que la prohibición para efectuar el retiro de la empleada o trabajadora, se extiende sólo hasta los tres (3) meses siguientes al parto y la lactancia se prolonga hasta los seis (6) meses posteriores a la fecha del mismo.

De acuerdo con lo anterior, se considera que al momento de dar por terminado un nombramiento provisional de una empleada que se encuentra

en estado de embarazo, teniendo en cuenta que el titular con derechos de carrera regresa a desempeñar el mismo empleo como consecuencia del vencimiento de la vacancia temporal, se deberá motivar el respectivo acto administrativo, con los argumentos que llevan a la Administración a adoptar tal decisión, es decir, que el retiro en el presente caso, se origina por una causa legal que no está asociada con el respectivo embarazo de la empleada vinculada con nombramiento provisional.

Por otro lado, en cuanto a la reubicación de la madre gestante en virtud del parágrafo 2° del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019⁵, señala:

«ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 9° de la Ley 1033 de 2006.

(...)

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente Artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

(...)

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.» (Destacado nuestro)

De acuerdo al Artículo anterior, las entidades deberán coordinar con la CNSC la realización los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa. Surtido el proceso de concurso, los empleos deberán proveerse con el personal que ganó el concurso, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados.

Ahora bien, es importante indicar que el inciso final del parágrafo 2 del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 no podrá ser aplicado en el caso en particular, pues en dicha disposición señala que la entidad deberá adelantar acciones afirmativas para que los servidores que estén nombrados en provisionalidad, que tengan condiciones especiales (madres padres cabeza de familia y personas en situación de discapacidad) y que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, sean reubicados en otros empleos vacantes o de ser posible sean los últimos en ser retirados, y en el caso particular de su consulta, no se trata de la aplicación de una lista de elegibles, sino del retorno al cargo del empleado titular que ostenta los derechos de carrera administrativa, el cual se encontraba en comisión.

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: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

² Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los

empleados públicos y trabajadores oficiales

³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

⁴ por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los Artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

⁵ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad."

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:55:52