

CNSC



Comisión Nacional
del Servicio Civil

IGUALDAD, MÉRITO Y OPORTUNIDAD

02 - 2014 EBT - 14 08 61

Bogotá D.C. 02 MAY 2014

RADICADO 2-2014-10901

Doctora

SANDRA LILIANA ROYA BLANCO

Secretaría General

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional CAN

Ciudad

Asunto: CONCEPTO SOBRE PROVISIÓN DE EMPLEO OCUPADO POR SERVIDORA EN ESTADO DE EMBARAZO A TRAVÉS DE LISTA DE ELEGIBLES PRODUCTO DE CONCURSO PÚBLICO DE MERITOS.

Respetada Doctora:

En atención a su comunicación con radicado ante la CNSC No. 10901 del 7 de abril de 2014 en el cual solicita a esta entidad emitir concepto sobre cómo debe proceder el Ministerio de Educación Nacional para garantizar la protección reforzada de las mujeres embarazadas que ocupan en provisionalidad empleos que fueron objeto de listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria No. 134 de 2012, me permito rendir el mismo en los siguientes términos:

1. Competencia de la CNSC para pronunciarse sobre la desvinculación de empleados públicos nombrados en provisionalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, en especial sus artículos 11 y 12, le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia del sistema general de carrera administrativa de los servidores públicos así como de los sistemas especiales de carrera de origen legal. En este sentido, no es competencia de esta Comisión pronunciarse y/o emitir instrucciones a las autoridades públicas sobre aspectos propios del manejo y administración de su planta de personal, como es la manera o procedimiento interno para desvincular servidores nombrados en provisionalidad y efectuar el reconocimiento, liquidación y pago de sus prestaciones sociales.

No obstante lo anterior, se considera pertinente estudiar el problema jurídico relativo a la provisión de los empleos vacantes ocupados en provisionalidad por mujeres en estado de embarazo, mediante listas de elegibles producto de un concurso de méritos, en razón a la

Línea Nacional CNSC 019003311011

Sede Principal: Carrera 16 No. 96-64, Piso 7

Bogotá D.C., Colombia

PBX: 57 (1) 3259700, Fax: 3259713

Horario de Atención al Público 8:00 a.m. - 5:30 p.m.

necesidad de definir si en estos eventos, la lista adoptada mediante acto administrativo expedido por esta Comisión, produce plenos efectos una vez en firme.

2. Estabilidad intermedia de los empleados públicos nombrados en provisionalidad.

De conformidad con las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, en especial la Ley 909 de 2004, los Decretos 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973 y el Decreto 1227 de 2005, el nombramiento en provisionalidad, como su nombre lo indica, posee una vocación de transitoriedad, siendo entonces su subsistencia limitada en el tiempo mientras permanezca la situación de vacancia temporal o definitiva del empleo sobre el cual recae.

La jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo, se ha encargado de estudiar si la situación de encontrarse un empleado público nombrado en provisionalidad le otorga una estabilidad, igual o diferente a la que se predica de los servidores que han ingresado en debida forma a la carrera administrativa. En una primera oportunidad, el Consejo de Estado consideró que a los empleados nombrados en provisionalidad les asistía una estabilidad denominada *precaria*, de manera que podían ser retirados discrecionalmente por el nominador sin motivación alguna del acto administrativo de desvinculación; esta posición resultaba contraria a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, bajo la cual los empleados nombrados en provisionalidad ostentan una estabilidad *intermedia*, siendo así que para su retiro se requiere una motivación del acto administrativo de desvinculación, la cual siempre debe obedecer a causales objetivas y justas.

A partir del año 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado acogió la tesis expuesta por la Corte Constitucional y consideró que a la luz de la Ley 909 de 2004 *"dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO.**"*¹

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011 unificó sus criterios acerca de la estabilidad relativa o intermedia de la que gozan los servidores nombrados en provisionalidad, determinando su alcance, de la siguiente manera: *"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad **relativa**, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera**, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. **En consecuencia, la terminación de una***

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 0883-2008.



vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios [en provisionalidad], *pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos*". (Énfasis nuestro).

Así las cosas, los servidores públicos nombrados en provisionalidad cuentan con un cierto grado de estabilidad, no equiparable al de los servidores con derechos de carrera administrativa, el cual les garantiza que su retiro del servicio no puede obedecer a motivos subjetivos o puramente discrecionales del nominador, sino a situaciones objetivas y justificadas, como lo es el existir lista de elegibles en firme para el respectivo empleo, lo que implica que el mismo debe ser provisto por quien superó el concurso de méritos.

Se resalta que la provisión del empleo ocupado transitoriamente con la persona quien figura en la lista de elegibles producto de un concurso público de méritos es la causal por excelencia, justificada y objetiva, bajo la cual el nominador puede dar por terminado un nombramiento en provisionalidad hecho sobre un empleo de carrera administrativa en vacancia definitiva, sin que pueda en este caso alegarse derecho a estabilidad alguna por el provisional.

3. La estabilidad intermedia de la empleada pública nombrada en provisionalidad y su derecho a una protección reforzada a la maternidad.

Para dar respuesta al problema planteado, es necesario hacer referencia a que en la situación objeto de consulta, se observan dos derechos que confluyen en la servidora pública nombrada en provisionalidad, a saber: (i) su derecho a la estabilidad relativa o intermedia y (ii) su derecho a la maternidad. En este sentido, se requiere examinar si la efectividad de la lista de elegibles adoptada como consecuencia de un concurso público de méritos vulneraría los dos derechos antes enunciados, alguno de ellos o ninguno; sólo así podrá pensarse en adoptar una medida de protección razonable que garantice la protección de los derechos lesionados y que le asisten a la servidora pública provisional en estado de embarazo.

En lo relativo al derecho a la estabilidad relativa o intermedia de la servidora pública por encontrarse nombrada en provisionalidad, debe decirse que hacer efectivo el acto administrativo que adopta la lista de elegibles no vulnera este derecho, por cuanto, como se ha explicado, a esta clase de servidores no les asiste estabilidad alguna cuando la causa de su desvinculación es proveer el empleo que ocupan con la persona quien superó un concurso público de méritos; en este evento se configura una justa causa,

objetiva, que permite el retiro del servicio. En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido esta posición de la siguiente manera:

"(i) En primer lugar, es preciso analizar si ha sido vulnerado su derecho a la estabilidad laboral intermedia en su condición de funcionaria nombrada en provisionalidad para ocupar un cargo de carrera administrativa. (ii) Una vez esclarecido este punto, se debe examinar la eventual violación de su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada reconocido en su calidad de mujer embarazada.

(i) Como fue anotado anteriormente, según ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, en virtud del derecho a la estabilidad intermedia asegurada a los servidores públicos que han sido nombrados en provisionalidad para que ocupen cargos de carrera, al momento de decidir la separación del empleo el nominador tiene la obligación de proferir una resolución en la cual se motive debidamente la razón por que adopta dicha decisión, la cual, a su vez, debe descansar en la acreditación de una de las causas ya referidas que ponen fin de manera legítima a tales nombramientos.

Así pues, al revisar la resolución número 004 de 2006, expedida por el Juzgado demandado el día 3 de agosto de 2006, se encuentra debidamente probado que la decisión fue adoptada por el Despacho debido a que el titular del cargo había renunciado a la licencia no remunerada de la cual venía disfrutando. En atención a que el nombramiento en provisionalidad de la accionante tenía por objeto proveer la vacante temporal que había surgido debido a la concesión de la mencionada licencia y, en tal sentido, su continuidad se encontraba sometida a tal condición; la Sala de revisión concluye que este pronunciamiento satisface el derecho a la estabilidad intermedia de la ciudadana, en la medida en que por medio de éste el Juzgado no sólo ofreció a la accionante una resolución motivada que exponía con suficiencia la razón por la cual estaba siendo separada de su cargo, sino que tal argumento, prima facie, pone fin legítimamente al nombramiento en provisionalidad, en la medida en que explica el agotamiento del fundamento por el cual dicho nombramiento había sido realizado.

En tal sentido, esta Sala de revisión considera que no ha sido vulnerado el derecho a la estabilidad laboral intermedia del cual era titular la accionante²."

Ahora, frente al derecho que le asiste a la servidora pública a su maternidad y a una especial protección de la misma, se observa que la efectividad de la lista de elegibles sí tendría un impacto sobre este, por cuanto la desvinculación de la entidad pública a la que pertenece genera como consecuencia la privación de su afiliación al sistema de seguridad social en salud, viéndose así truncada la atención a la madre gestante y su recién nacido, así como el goce y disfrute de la licencia de maternidad. Igualmente, debe tenerse en cuenta, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que la condición de ser nombrada

² Corte Constitucional. Sentencia T-245 de 2007.



en provisionalidad no es un obstáculo para que una servidora pública en estado de embarazo sea sujeto de una medida especial de protección sobre su maternidad³.

Aunado a lo anterior, debe decirse que la desvinculación de la servidora pública en el evento objeto de consulta, tendría como causa la provisión definitiva del empleo que ocupa en aplicación al principio del mérito, nunca el hecho de encontrarse en estado de embarazo, razón por la cual la causa es justa y no implica discriminación alguna.

Del análisis expuesto en el presente numeral, puede concluirse que la servidora pública en estado de embarazo, nombrada en provisionalidad en un empleo de carrera, no tiene derecho a permanecer en el mismo y continuar vinculada a la entidad pública a la que pertenece el cargo, cuando sobre el mismo existe lista de elegibles en firme y la consecuente necesidad de proveerlo con quien superó un concurso público de méritos, causal legítima y objetiva para dar por terminado el nombramiento transitorio⁴. Esto, de manera alguna implica que por su situación de embarazo (no por su condición de provisional) no deba ser sujeto de medidas de protección tendientes a garantizar su maternidad ante la situación descrita, aspecto que se analizará en el siguiente numeral.

4. Medidas de protección a la maternidad para la servidora pública en estado de embarazo que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera sobre el cual existe lista de elegibles en firme.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el numeral anterior, y siendo que en este evento media justa causa para la terminación del nombramiento transitorio, tanto la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo, ha destacado que no es procedente como medida de protección de la maternidad el reintegro en el cargo o la permanencia en el mismo y que en su lugar debe adoptarse como medida sustituta el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de noviembre de 2013, citando precedentes de la Corte Constitucional, consideró:

³ *Ibidem*.

⁴ Se destaca que la Corte Constitucional, en sentencias como la T-082 de 2012 ha considerado que esta situación se encuadra en lo que ha denominado "*hipótesis genérica según la cual no procede ninguna medida protectora*" concepto que define así: "*supuesto que se presenta cuando la cesación de la alternativa laboral de la mujer embarazada ha ocurrido con base en una justa causa o en aplicación de alguna cláusula del contrato de prestación y su configuración ha sido avalada por el Inspector de Trabajo.*" Esto ha dado pie al desarrollo de la jurisprudencia constitucional que sustenta la improcedencia del reintegro o la permanencia en el empleo como medida de protección a la embarazada cuando media justa causa para su retiro, y en su defecto se adoptan medidas sustitutas como el pago de aportes a seguridad social que garanticen su maternidad, mas no la estabilidad en el empleo.

"De la sentencia antes descrita, en la que a su vez la Corte Constitucional hace referencia a pronunciamientos que ha emitido con anterioridad, se destaca que la medida principal de protección consiste en el reintegro o renovación del contrato, que brinda el mayor margen de garantía de los derechos de la madre gestante, pero también, que en los casos en los que no posible ordenar el reintegro, es procedente como medida de protección sustituta, "el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad".

Adicionalmente, de la sentencia T-082 de 2012 de la Corte Constitucional, llama la atención de la Sala, que los eventos en los que no se ha considerado procedente el reintegro, están directamente relacionados con circunstancias válidas, objetivas, generales y legítimas en virtud de las cuales la relación laboral de la mujer en estado de gravidez debe terminarse, por ejemplo, "cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos", en otras palabras, cuando el empleo que desempeñaba la mujer gestante en provisionalidad, debe ser provisto por la persona que superó el proceso de selección pertinente, y por ende, que adquirió el derecho a ocupar el mismo en propiedad."⁵

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia T-802 de 2012 señaló que cuando el origen de la desvinculación de la funcionaria pública embarazada y nombrada en provisionalidad es que su empleo ha sido provisto por concurso de méritos, se torna "imposible desde el punto de vista fáctico" el reintegro o permanencia, debiéndose adoptar otras medidas. Lo anterior, en los siguientes términos:

"El alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad cuando las causas para la terminación de la relación laboral fueron objetivas, generales y legítimas

27.- Una vez establecidas las modalidades de protección efectiva del fuero de maternidad y habiendo dejado claro hasta este momento que: (i) la medida más efectiva del fuero de maternidad es el reintegro o renovación del contrato, y que (ii) en los casos en que el reintegro o la renovación se torna imposible desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustituta, es decir el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 5 de noviembre de 2013. Exp. No. 73001-23-33-000-2013-00424-01(AC).



maternidad, resulta pertinente hacer referencia, precisamente, a los casos en los cuales la Corte ha considerado que dicha medida de reintegro no procede:

- 1) Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta,
- 2) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos,
- 3) Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y,
- 4) Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador, dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador.

(...)

30.- Pues bien, del juicioso análisis de los supuestos fácticos dónde esta Corte ha concluido que no es procedente la medida de protección principal (reintegro o renovación) como derivada del fuero de maternidad: sentencias T-534/09; T-245/07; T-633/07; T-069/07; T-1210/05, esta Sala advierte que 'la desvinculación de la peticionaria no ocurrió debido a una discriminación de orden subjetivo, en la medida en que la separación del cargo no tuvo relación alguna que haya sido probada en el expediente con su estado de embarazo sino que por el contrario, se debió a una causa objetiva, general y legítima que no dependía de la liberalidad del empleador, pues en la gran mayoría de los casos obedecía a las consecuencias de aplicar una norma legal, convencional o constitucional que, en determinado momento, debió entrar a regular dicha relación laboral.

31.- Por ejemplo, el caso en el cual el cargo que ocupaba una mujer en estado de embarazo es provisto por concurso de méritos, responde a la aplicación del principio constitucional según el cual "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera" (artículo 125 C.N.) y a lo dispuesto de forma particular por la ley 909 de 2004 que regula el régimen de carrera administrativa.

32.- Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad."⁶

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-802 de 2012.

De acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales transcritos, se concluye hasta aquí que en los casos en los cuales un empleo de carrera, ocupado por una funcionaria nombrada en provisionalidad y además en estado de embarazo, debe ser provisto por la persona quien superó el respectivo concurso público de méritos, no opera como medida de protección su permanencia en el cargo, por cuanto no le asiste el derecho a ello al no ser aplicable en este supuesto la estabilidad relativa de la que goza, lo cual no implica que quede desprotegida su maternidad, siendo así procedente de manera sustituta el pago de aportes a seguridad social en salud que permita su atención y goce de la licencia de maternidad.

4.1 Medidas contempladas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-070 de 2013.

La Corte Constitucional en sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013 unificó su jurisprudencia en materia de protección reforzada a la mujer en estado de embarazo y fijó las reglas ante el evento de su despido o desvinculación en los siguientes casos: a) mujer embarazada con contrato a término indefinido, b) mujer embarazada con contrato a término fijo, c) mujer embarazada con contrato de obra o labor, c) mujer embarazada en cooperativa de trabajo asociado, d) mujer embarazada en empresa de servicios temporales, e) mujer embarazada en provisionalidad que ocupa un cargo de carrera, f) mujer embarazada en cargo de libre nombramiento y remoción y g) mujer embarazada en carrera administrativa de entidad en liquidación.

En relación con el supuesto de desvinculación de mujer embarazada nombrada en provisionalidad y que ocupa un cargo de carrera, la Corte, retomando sus providencias anteriores en la materia, fijó las siguientes reglas:

"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.”⁷

Se destaca que la sentencia de unificación antes referida, tuvo como objeto lograr la unidad de criterio en torno al alcance y supuestos para que opere la protección a la estabilidad laboral de la mujer en estado de embarazo, señalando que procede cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional lo siguiente: 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, dijo la Corporación que 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 desvinculación⁸.

Igualmente, otro propósito de la unificación fue dar claridad sobre cómo han de solucionarse estos casos para brindar dicha protección a las mujeres embarazadas, ante la disparidad de medidas adoptadas por los jueces de tutela en cada caso particular; al respecto, señaló la Corte:

“La Sala advierte que las órdenes de protección que se han dado por la Corte en estos casos (pago de gastos ocasionados por la maternidad, indemnización del artículo 64 del CST, pago de la licencia de maternidad, indemnización del artículo 239 del CST, pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, reintegro) no han sido uniformes y no han respondido al criterio de razonabilidad de las cargas que pueden ser impuestas a los empleadores en virtud del principio de solidaridad. Las órdenes de protección a cargo de los empleadores no han ido de un mínimo a un máximo de protección que atienda a la viabilidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas impuestas en cada caso.” (Énfasis nuestro).

En este orden de ideas, resulta claro que la Corte Constitucional, al unificar su jurisprudencia en torno a la interpretación y alcance de la protección al derecho fundamental a la maternidad, de las mujeres embarazadas ante su desvinculación, estableció una serie de medidas de protección aplicables ante el evento del posible retiro de una servidora pública que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera administrativa, sobre el cual existe lista de elegibles en firme producto de un concurso público de méritos.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-070 de 2013.

⁸ *Ibidem*.

Estas reglas contenidas en la sentencia antes citada, concuerdan con aquellas establecidas por la misma Corporación para casos similares en oportunidades anteriores, como la ya vista en las sentencias T-245 de 2007 y T-082 de 2012, medidas acogidas igualmente por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

4.1.2 Obligatoriedad por parte de las autoridades públicas de aplicar la jurisprudencia de unificación emitida por las Altas Cortes.

Teniendo en cuenta que las medidas de protección para la mujer en estado de embarazo ante el evento descrito en la consulta, se encuentran recopiladas y contenidas en una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, se considera pertinente recordar que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece la obligatoriedad para todas las entidades públicas de aplicar la jurisprudencia unificada a efectos de resolver asuntos de su competencia en los cuales se evidencien los supuestos fácticos y jurídicos tratados en la respectiva providencia judicial. Dice el mencionado artículo:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.*

La anterior norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-634 de 2011, en el entendido que *"las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia."* (Énfasis nuestro).

Es importante anotar que en la referida sentencia, la Corporación señaló que la interpretación de las autoridades judiciales investidas de la facultad de unificar jurisprudencia, como las altas Cortes, es de carácter vinculante para las autoridades, como fuente formal de Derecho.

Así las cosas, considera esta entidad que el Ministerio de Educación Nacional debe dar aplicación a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 de 2013, por cuanto la misma es vinculante según lo señalado en el

artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, al tratarse allí la misma situación que debe dicha entidad decidir y resolver frente a las medidas para proteger la maternidad de una servidora pública nombrada en provisionalidad, quien además se encuentra en estado de embarazo.

5. Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto, se concluye lo siguiente:

- a) Esta Comisión considera que las listas de elegibles en firme, producto de un concurso público de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, producen plenos efectos frente a la vacante ocupada de manera transitoria por una funcionaria pública nombrada en provisionalidad que se encuentra en estado de embarazo. En consecuencia, debe proceder la entidad a efectuar el respectivo nombramiento en periodo de prueba.

Lo anterior, por cuanto su condición de madre gestante no le genera por sí sola un derecho a la permanencia en el empleo, ni en este caso se vulnera el derecho a la estabilidad relativa o intermedia de la que gozan los empleados nombrados en provisionalidad, al ser precisamente la provisión del empleo de carrera por quien superó un concurso de méritos la causa justa, legítima y objetiva para dar por terminada la vinculación transitoria.

Se precisa que en el caso objeto de consulta, no se encuentran en conflicto el derecho a la estabilidad en el empleo de la provisional frente al derecho de acceso al empleo público del elegible, sino el derecho a la protección de la maternidad de la provisional embarazada frente al derecho al trabajo y acceso a cargos públicos del elegible; de este modo, es frente a este último conflicto, sobre el cual deben adoptarse medidas razonables y proporcionales para los involucrados.

- b) Siguiendo las reglas trazadas por la jurisprudencia constitucional, en especial las contenidas en la sentencia SU-070 de 2013, acogidas por la jurisprudencia en materia contenciosa administrativa, para el caso objeto de estudio, a juicio de la CNSC, el Ministerio de Educación debe, en primer lugar, utilizar las listas de elegibles para proveer en orden las vacantes de los empleos, teniendo en cuenta en el último lugar, la vacante ocupada en provisionalidad por la servidora pública en estado de embarazo.

Ante el evento el cual los elegibles igualen o superen el número de vacantes a proveer, la entidad debe proceder a nombrar en periodo de prueba al elegible y,

CNSC



Comisión Nacional
del Servicio Civil

IGUALDAD, MÉRITO Y OPORTUNIDAD

como medida especial de protección, debe el Ministerio asumir y pagar la las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Ahora, pese a que la Corte Constitucional no señaló medidas diferentes a las antes enunciadas, esta Comisión recomienda en todo caso que, antes de la desvinculación, se examinen por parte de la Administración alternativas como reubicar a la servidora en otro empleo igual o equivalente que le garantice vinculación laboral con el Estado.


- c) De conformidad con las competencias asignadas a esta Comisión, no es procedente que esta entidad indique y defina cuáles son las prestaciones a pagar en favor de la mujer embarazada para efectos de gozar de su licencia de maternidad, su valor, ni la forma de mantenerla afiliada al sistema de seguridad social.

El presente concepto fue aprobado en sesión de Sala Plena del 2 de mayo de 2014 y se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

Atentamente,

BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO

Comisionada (E)

Proyectó: Iván Carvajal Sánchez 
Revisó: Humberto García 