



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

MEMORANDO

I- 2016-36358
20 JUN 2016

PARA: **DRA CELMIRA MARTIN LIZARAZO**
Dirección de Talento Humano

DE: **OFICINA ASESORA JURÍDICA**

ASUNTO: RAD 34494 del 10/06/16. Solicitud concepto jurídico Planta temporal Administrativos.

Recibida la comunicación de la referencia, este Despacho emite concepto de acuerdo con lo establecido en los literales A y B del artículo 8 del Decreto 330 de 2008, y en los términos establecidos en el artículo 28 del CPACA, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en el ejercicio del derecho a formular consultas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

I. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

La Dirección de Talento Humano plantea que través del Decreto 511 de 2013, se aprobó una planta temporal de funcionarios administrativos con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015, la cual fue prorrogada mediante Decreto 587 de 2015 hasta el 30 de junio de 2016.

Los empleos aprobados en la mencionada planta fueron 153 cargos de Técnico Operativo 314-04, para apoyo al programa primera infancia, y 500 cargos de Auxiliar Administrativos 407-05 para apoyo administrativo al programa 40x40.

Actualmente la planta está ocupada por 552 servidores públicos así: 88 técnicos operativos 314-04 y 464 auxiliares administrativos 407 -05.

También señala la Dirección de Talento Humano que existen las siguientes novedades de personal en dicha planta:

Personas en incapacidad: en el cargo de técnico operativo 314-04 una persona, en el cargo de auxiliar administrativo 407-05 seis personas.

Funcionarias en Embarazo: trece personas en el cargo Auxiliar administrativo 407-05.

Funcionarios próximos a cumplir requisitos de pensión (tomando un corte de tres años atrás y calculando edad, sin contar con el cálculo de semanas cotizadas): dos personas en el cargo Técnico Operativo 314-04 y 26 personas en el cargo Auxiliar administrativo 407-05.

Respecto de las incapacidades mencionadas, se informa que con enfermedad catastrófica se encuentran dos personas (una en el cargo de técnico y una en el cargo de auxiliar), una persona con enfermedad mental (en el cargo de auxiliar, no se señala término de la incapacidad), dos personas con incapacidad superior a la vigencia de la planta temporal



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

(una como técnico y una como auxiliar) y dos personas con pago de incapacidad superior a 180 días (en el cargo de auxiliar).

Señala la consulta que en este panorama hay un total de 48 personas a quienes se les debe definir la situación frente a la terminación de su nombramiento, el 30 de junio de 2016.

Indica que la posición de la Oficina de Personal es *"frente a los servidores públicos que se encuentran trasladados por salud y los que presentan incapacidades, así como los que están próximos a cumplir edad de pensión, esta oficina efectuará los respectivos retiros al finalizar los nombramientos"*

En relación con los 13 casos de las funcionarias embarazadas, la Dirección de Talento Humano informa: *"esta oficina realizó un análisis de la disponibilidad de planta, encontrando que la entidad cuenta con diez (10) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo código 407 grado 05, que fueron ofertadas en el OPEC ante la Comisión Nacional de Servicio Civil, en las que se podrían nombrar estas funcionarias a partir del 1 de julio de 2016, cuyo nombramiento queda supeditado hasta que termine el periodo de lactancia de cada una de ellas, quedando tres (3) servidoras públicas por reubicar).*

Sustenta esta posición en el artículo 53 de la Constitución Nacional, en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004 (protección a la maternidad), en el Código Sustantivo de Trabajo artículo 236 (licencia de maternidad) y artículo 239 (prohibición de despido a la embarazada) y en la Sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional, protección reforzada por embarazo.

Respecto del impacto fiscal del asunto consultado, la Dirección de Talento Humano indica que no cuenta con disponibilidad presupuestal ni con cargos vacantes para cubrir las novedades que presentan los servidores públicos trasladados por salud y con incapacidad, ni tampoco para aquellos que están próximos a cumplir edad de pensión que son en total 35 funcionarios.

El costo mensual de estos funcionarios es:

- Para el cargo de técnico operativo 314-04: \$ 2.617.426 mensuales, incluyendo salario y pago de seguridad social y parafiscales por cada persona, que en este caso son: una por razones de salud y dos por proximidad a la edad de pensión.
- Respecto de las servidoras en embarazo, todas en el cargo auxiliar administrativo 407-05, el costo de nombramiento desde el 1 de julio de 2016 hasta la terminación de la lactancia es de \$ 2.296.322 por cada funcionaria.

Sobre esta base la consulta planteada es la siguiente:

- 1.- *¿Qué tratamiento debe dar la entidad respecto a los servidores públicos con incapacidades de origen común, teniendo en cuenta que no existen vacantes?*
- 2.- *¿Qué tratamiento debe hacer la entidad respecto a los servidores públicos que se encuentran en proceso de rehabilitación luego de haber sufrido un accidente de origen laboral?*



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

3.- *¿Qué tratamiento debe hacer la entidad respecto de los servidores públicos trasladados por salud, con el fin de no vulnerar el derecho constitucional de estabilidad laboral reforzada?*

4.- *¿Es procedente realizar nombramientos provisionales de las servidoras públicas en estado de gestación en las vacantes definitivas en el empleo denominado Auxiliar Administrativo Código 407 grado 05 que fueron ofertada en la OPEC ante la Comisión Nacional del Servicio Civil?*

5.- *¿Qué tratamiento debe hacer la entidad frente a las tres (3) servidoras públicas que se encuentran en estado de gestación, teniendo en cuenta que sólo existen diez (10) vacantes definitivas en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05?*

6.- *¿Qué tratamiento debe realizar la entidad frente a los servidores públicos que se encuentran próximos a cumplir la edad de pensión, teniendo en cuenta que no existen vacantes disponibles?*

II. TESIS JURÍDICA:

La Secretaria de Educación al decidir sobre las situaciones especiales que se presentan en la planta de personal temporal, por vencimiento del término de la misma, aplicará los siguientes criterios de conformidad con la legislación y la jurisprudencia vigentes:

1.- Respecto de las funcionarias embarazadas, deberá ceñirse a las reglas de la protección laboral reforzada, sin que ello signifique en ningún momento el cambio de vinculación de las citadas funcionarias, es decir, estas conservaran su condiciones de funcionarias temporales, sin que sea viable su vinculación en condición de provisionales, toda vez que la figura de protección laboral reforzada en ningún momento conlleva el cambio en la condición de vinculación de la trabajadora beneficiada y adicionalmente porque la provisión de vacantes definitivas con provisionales, es una opción posterior a haber intentado la provisión a través de la figura del encargo, con prelación de los empleados de carrera que puedan tener este derecho, y finalmente porque la provisión de vacantes definitivas con provisionales, no puede condicionarse a la terminación de la licencia de maternidad, sino a que el empleo sea provisionado en forma definitiva con personas que hayan sido elegidas por concurso.

2.- Respecto de los funcionarios en condición de salud, que requieran una protección especial por enfermedad catastrófica, se aplica la misma regla, esto es garantizar la aplicación de la protección laboral reforzada, sin que ello tampoco implique modificar la forma de vinculación del funcionario, ni su condición de temporal, luego tampoco es viable hacer uso de ninguna vacante definitiva existente y ofertada en la OPEC.

3.- Para el caso de las personas que según la consulta cuentan con tres años o menos para que aparentemente cumplan la edad de pensión, esta sola condición no implica que sea aplicable una protección especial y que deba garantizarse su continuidad en el servicio, toda vez que, de conformidad con lo expresado en la consulta, la Entidad no tiene conocimiento si estas personas cumplen las demás condiciones para obtener la pensión de jubilación, por lo que su condición de ser sujetos de especial protección no esta sustentada.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Sin embargo, cada caso deberá ser valorado en concreto, toda vez que dependiendo del tipo de incapacidad que presente el funcionario, puede ser sujeto de una protección reforzada, dado que podría producirse una vulneración de derechos fundamentales.

III. MARCO NORMATIVO.

El artículo 125 de la Constitución Nacional indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

También consagra esta norma que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Señala la misma disposición que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Y finalmente en el inciso 4 del mismo artículo se indica que el retiro del servicio de los funcionarios públicos se hará por las causales previstas en la Constitución o la Ley.

El Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998", fue recogido en el Decreto 1083 de 2015 y señala en el artículo 2.2.1.1.1: **Definición:** Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública". (el resaltado es nuestro).

A su vez el artículo 2.2.1.1.4 del mismo Decreto indica: "**Nombramiento en el empleo temporal.** El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

Parágrafo. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004".

El Decreto 2943 de 2013 establece en el parágrafo del artículo primero: "*En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los **dos (2) primeros** días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud **a partir del tercer (3) día** y de conformidad con la normatividad vigente.*

4



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTA D.C.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”. (el resaltado es nuestro).

IV. MARCO JURISPRUDENCIAL

Mediante radicado No I-2016-20831 del 07/04/16, esta Oficina al emitir el concepto sobre retiro de provisionales incapacitados, efectuó el análisis jurisprudencial sobre el tema de la protección laboral reforzada, entre los cuales se destacan los siguientes pronunciamientos:

“a. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o indefensión como consecuencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas.

La Corte Constitucional en varios pronunciamientos, ha señalado la especial protección conforme a la garantía que consagran los artículos 13, 47, 53 y 54 de la Constitución Nacional, de que son sujetos las personas que sufren algún tipo de discapacidad o que tienen limitaciones en su estado de salud.

En este sentido se ha pronunciado a través de las sentencias C-531 de 2000, T-992 de 2008, T-976 de 2008, T-953 de 2008, T-1083 de 2007, T-661 de 2006, T-530 de 2005, T-309 de 2005 y T-689 de 2004.

*Ha establecido el Alto Tribunal que en favor de este grupo de personas, existe la obligación por parte del empleador de ubicarlos en cargos en los cuales puedan desarrollar sus labores que no atenten contra su integridad, además con la prohibición de desvincularlos de sus puestos de trabajo, **salvo en los casos que medie causas objetivas previamente evaluadas por la Oficina de Trabajo.** Sobre este tema se pronunció la sentencia T-554 de 2009.*

*De las sentencias mencionadas se puede establecer que, la garantía real y efectiva del derecho a la estabilidad laboral reforzada, se encuentra en armonía con: 1) el derecho a conservar el empleo, 2) a no ser despedido por el estado de vulnerabilidad o por presentar una grave afectación en la salud, 3) permanecer en el cargo **hasta tanto no se configure una causa objetiva** que amerite la terminación del vínculo laboral.*

b. Reintegro y acción de tutela sobre la base de la protección reforzada.

*La Corte Constitucional también ha establecido que en los casos donde se pretenda el reintegro laboral a través de la acción de tutela, alegando la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada, **no basta con que la persona demuestre encontrarse en situación de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de salud o de las limitaciones físicas de que padece, sino que también debe comprobar que a causa de este estado se produjo la terminación del vínculo laboral.***

↙



ALCALDÍA MAJOR
DE BOGOTÁ D.C.

En este sentido se ha pronunciado a través de las sentencias: T-519 de 2003, T-518 de 2008, T-381 de 2006.

c. Estabilidad laboral reforzada e inamovilidad del trabajador.

También la Corte Constitucional ha considerado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no implica la inamovilidad del trabajador, pues en ciertas circunstancias es viable terminar la relación laboral, a pesar de que en uno de sus extremos se encuentre un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que la ruptura del vínculo laboral no implica per se un perjuicio irremediable que deba ser considerado como relevante.

Este tribunal se ha pronunciado en este sentido en las sentencias: T-703 de 2009 y T-225 de 1993 (configuración del perjuicio irremediable)".

Adicional a estos pronunciamientos, se encuentra la sentencia T-098 de 2015 de la Corte Constitucional en la cual preceptuó: "La estabilidad laboral se refuerza cuando el trabajador es una persona que por sus condiciones particulares puede llegar a sufrir un grave detrimento a raíz de una desvinculación abusiva. Es por tal razón que el legislador estableció la prohibición de despedir trabajadores con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta cuando dicho despido se dé en razón de su condición, sobre la base de que se trata de medidas discriminatorias que atentan contra la igualdad y el deber de solidaridad. (el resaltado es nuestro).

Esta jurisprudencia indica que la desvinculación de una persona en condición de discapacidad o en condición de indefensión por enfermedad, no se configura *per se* en un perjuicio irremediable objeto de protección tutelar. Adicionalmente se aclara que la estabilidad laboral reforzada en estos eventos tiene cabida si no se ha demostrado que la desvinculación se produjo por una causal objetiva, y no en relación con la enfermedad o discapacidad respectiva.

d. Protección Laboral reforzada por embarazo.

Respecto de este tema, se encuentra la sentencia de unificación SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional sobre la protección laboral reforzada para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, providencia que estableció:

"Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de

2



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas, así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N)".

De esta jurisprudencia se puede deducir que la protección laboral reforzada por motivo de embarazo o lactancia, opera respecto de cualquier modalidad contractual.

V. ANÁLISIS JURÍDICO

De la normativa mencionada y de la línea jurisprudencial referida, se pueden obtener los siguientes criterios:

- a) La desvinculación de funcionarios temporales pertenecientes a una planta temporal, es una causa objetiva, que se encuentra fundamentada en la misma naturaleza de la vinculación y la periodicidad que se señala para la existencia de la misma y en esta medida no tiene una relación directa con una desvinculación producida por otras circunstancias atinentes a los funcionarios pertenecientes a ella.
- b) Nunca puede existir una relación de causalidad entre el hecho que produce la desvinculación del funcionario temporal y la enfermedad o discapacidad que afecta al trabajador. Esta relación de causalidad se desvirtúa desde la temporalidad establecida en el acto de nombramiento y en la naturaleza misma de la planta temporal.
- c) En el caso de las mujeres embarazadas nombradas con carácter de temporales, existe una protección laboral reforzada, toda vez que esta figura protege integralmente al neonato y sus derechos fundamentales, independientemente de la modalidad contractual de la madre. Sin embargo, esta protección laboral reforzada en ningún caso tiene el alcance de incluir un cambio de vinculación de la funcionaria, para trasladarla de una planta temporal a un nombramiento provisional.
- d) En el caso de las enfermedades catastróficas, existe una especial protección de estos funcionarios. Dicha protección se encamina a garantizar que su condición médica será debidamente atendida y que tendrá acceso al mínimo vital requerido.
- e) En el caso de las demás enfermedades de origen común, la desvinculación de una planta temporal es una condición objetiva que en nada se relaciona con la condición médica del funcionario y por ende es viable su desvinculación. Por vía de tutela se ha establecido otro criterio y es el denominado perjuicio irremediable, que da origen a la intervención del juez tutelar. Sin embargo, la sola existencia de una incapacidad no implica *per se* un perjuicio irremediable, con lo cual se deberá estudiar cada caso en concreto.

En igual forma la desvinculación de un funcionario perteneciente a una planta temporal, por vencimiento del periodo de la misma tampoco implica *per se* un perjuicio irremediable. En el evento que el trabajador sea merecedor de un tratamiento médico específico o el pago de incapacidades, debe tenerse en cuenta que estas cargas no se encuentran en cabeza del empleador sino de las Entidades Prestadora de Servicios de Salud.

- f) La acción de tutela en asuntos laborales procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser inminente, urgente, grave e



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

impostergable para que la protección de un derecho fundamental proceda dentro de esta acción constitucional.

Es de anotar que estos elementos sirven de base para adoptar las decisiones administrativas que implican la desvinculación laboral de personas vinculadas a una planta de carácter temporal que puedan estar en cierta condición que conlleve una protección reforzada de su situación.

VI. RESPUESTAS

Efectuado este análisis entramos a responder los interrogantes planteados en la consulta:

1.- ¿Que tratamiento debe dar la entidad respecto a los servidores públicos con incapacidades de origen común, teniendo en cuenta que no existen vacantes?

Respuesta: Como antes se mencionó la sola existencia de una incapacidad no significa *per se* la existencia de un perjuicio irremediable, que amerite una protección especial que garantice la estabilidad laboral del funcionario, máxime si la desvinculación se está produciendo por terminación de la vigencia de la planta temporal a la cual se encuentra vinculado y sin que este hecho tenga relación directa con la condición médica del funcionario. En todo caso resaltamos nuevamente el pago de las incapacidades de origen común que superen los 3 días corresponde a la EPS y no al empleador.

Es importante resaltar que en el caso de enfermedades catastróficas es recomendable garantizar la estabilidad del funcionario hasta obtener una definición de su situación, respecto del cubrimiento de su condición médica y respecto de la garantía del mínimo vital.

2.- ¿Que tratamiento debe hacer la entidad respecto a los servidores públicos que se encuentran en proceso de rehabilitación luego de haber sufrido un accidente de origen laboral?

Respuesta: No se incluye dentro de la consulta la información específica sobre este evento o sobre algún caso en particular, sin embargo es claro que si se presenta un accidente laboral y el funcionario se encuentra en rehabilitación, en principio tendría una protección laboral reforzada, la cual tendría un carácter transitorio mientras se garantice la total cobertura de la atención médica por parte de la Entidad de Salud a cargo de la misma o el reconocimiento de una condición de invalidez.

3.- ¿Que tratamiento debe hacer la entidad respecto de los servidores públicos trasladados por salud, con el fin de no vulnerar el derecho constitucional de estabilidad laboral reforzada?

Respuesta: No resulta clara la condición de "*servidores públicos trasladados por salud*", dado que la consulta ha hecho referencia solamente a los funcionarios vinculados a la planta temporal, luego no se entiende a qué tipo de situaciones hace referencia esta condición de servidores, en especial teniendo en cuenta lo establecido en el parágrafo del

2



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTA D.C.

artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1083 de 2015, que señala: Parágrafo. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004". (el resaltado es nuestro).

4.- ¿Es procedente realizar nombramientos provisionales de las servidoras públicas en estado de gestación en las vacantes definitivas en el empleo denominado Auxiliar Administrativo Código 407 grado 05 que fueron ofertada en la OPEC ante la Comisión Nacional del Servicio Civil?

Respuesta: No. Como antes se mencionó la protección laboral reforzada de las funcionarias en estado de embarazo no implica en ningún momento el cambio en su vinculación laboral, ni de su condición de ser trabajadoras vinculadas en una planta temporal.

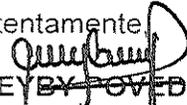
5.- ¿Que tratamiento debe hacer la entidad frente a las tres (3) servidoras públicas que se encuentran en estado de gestación, teniendo en cuenta que sólo existen diez (10) vacantes definitivas en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05?

Respuesta: Se reitera no es viable efectuar nombramientos como provisionales en vacantes definitivas de la planta de personal, y por ende todas las funcionarias en estado de embarazo vinculadas en la planta temporal, deben conservar su condición de tales, sin que haya lugar a modificar su vinculación a provisionales, por tanto deberán ser incluidas en la nueva planta temporal.

6.- ¿Que tratamiento debe realizar la entidad frente a los servidores públicos que se encuentran próximos a cumplir la edad de pensión, teniendo en cuenta que no existen vacantes disponibles?

Respuesta: La sola condición de estar aparentemente a tres años o menos de cumplir la edad para tener derecho a la pensión, no constituye ninguna circunstancia que amerite una protección laboral reforzada, máxime cuando en la misma consulta se indica que se desconoce si estas personas cuentan o no con la totalidad de los requisitos para acceder a dicha pensión, por tanto en principio la desvinculación de estas personas por terminar la vigencia de la planta temporal resulta una causa objetiva de terminación de su relación. No obstante, las decisiones administrativas sobre el particular siempre deben procurar seguir los criterios de evitar la vulneración de otros derechos fundamentales, como son la protección especial a las personas de la tercera edad o al mínimo vital.

Atentamente,


HEYBY POVEDA FERRO.
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparó: Lisi Amalfi Álvarez 15 /06/16
Rad 34494 