



Concepto 440361 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000440361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000440361

Fecha: 10/12/2021 02:53:59 p.m.

Bogotá D.C,

REFERENCIA: PROVISIONALIDAD. INSUBSISTENCIA. RETEN SOCIAL. Radicado. 20219000682262 del 27 de octubre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea varios interrogantes:

1. Referente al caso No.1, ¿Que debe realizar la entidad, en cuanto al reporte de la vacante definitiva en SIMO 4,0?, lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo será ofertado mediante concurso de méritos en los próximos meses y quien lo ocupa provisionalmente se encuentra en estado de embarazo.

2. Referente al caso No.2, si la funcionaria que se encuentra encargada como Auxiliar Administrativo, código 407- grado 03, en la oficina de Desarrollo Institucional, no supera la evaluación de desempeño y regrese al cargo de carrera (auxiliar de servicios generales), ¿Qué debe hacer la entidad con la funcionaria que se encuentra en provisionalidad, supliendo la vacante temporal en estado de embarazo?

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la falta de claridad y precisión al formular sus inquietudes, me permito dar respuesta en los siguientes términos de acuerdo a lo que se infiere de su consulta:

1. ¿Que debe realizar la entidad, en cuanto al reporte de la vacante definitiva en SIMO 4,0?, lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo será ofertado mediante concurso de méritos en los próximos meses y quien lo ocupa provisionalmente se encuentra en estado de embarazo.

Téngase en cuenta la Circular externa 0007 de 2021 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual establece:

"Previamente a su provisión, el nominador o su delegado debe reportar la vacante a través del Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la Oportunidad - "SIMO", por tanto, cumplida esta obligación, no se requerirá solicitar autorización ante la CNSC para proveer los empleos de carrera a través de encargo o nombramiento provisional.

Sobre el particular, la CNSC, en el numeral 5°, "Obligatoriedad de las entidades de informar previamente a su provisión mediante encargo o nombramiento provisional a la CNSC las vacantes definitivas en empleos de carrera que conformarán la oferta pública -OPEC-", de la Circular Conjunta DAFF - CNSC No. 2019100000117 de 29 de julio de 2019, fijó el proceso para el reporte indicando.

En este punto, es oportuno señalar que las entidades, para efectos del reporte de empleos vacantes de forma definitiva, deberán ajustarse a lo dispuesto en el Acuerdo No. 20191000008736 del 06- 09- 2019 (modificado por el Acuerdo 20211000020726 del 04- 08 - 2021) y los que los modifiquen adicionen o deroguen"

En virtud de lo anterior, se debe dar cumplimiento a los lineamientos dados en el acuerdo 20211000020726 con el fin de suministrar la información requerida y reportar la vacante.

En cuanto a la protección reforzada, la sentencia SU-070 de 2013, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, se unificaron las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, así:

“46. Para efectos de claridad en la consulta de los criterios, se listarán a continuación las reglas jurisprudenciales resultantes del análisis precedente:

Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: 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 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 desvinculación.

En este orden las hipótesis resultantes son:

(...)

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.³

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. (Subrayado fuera de texto).

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 estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito, por ende, en el caso de la empleada provisional embarazada, es procedente su retiro, cumpliendo de igual forma con la motivación del acto de retiro, que para el caso, será la provisión definitiva del cargo por haberse adelantado el concurso de méritos.

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.

2. Si la funcionaria que se encuentra encargada como Auxiliar Administrativo, código 407- grado 03, en la oficina de Desarrollo Institucional, no supera la evaluación de desempeño y regrese al cargo de carrera (auxiliar de servicios generales), ¿Qué debe hacer la entidad con la

funcionaria que se encuentra en provisionalidad, supliendo la vacante temporal en estado de embarazo?

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

El acuerdo 6176 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, señala:

“ARTÍCULO 1°. FINALIDAD DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO. Es una herramienta de gestión objetiva y permanente, encaminada a valorar las contribuciones individuales y el comportamiento del evaluado, midiendo el impacto positivo o negativo en el logro de las metas institucionales. Esta evaluación de tipo individual permite así mismo medir el desempeño institucional.”

“ARTÍCULO 15. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN EN EL NIVEL NO SATISFACTORIO. a) Separación de a carrera administrativa y pérdida de los derechos inherentes a ella.

b) Retiro del servicio.

c) Pérdida del encargo y la obligación de regresar al empleo en el cual ostenta derechos de carrera.

d) En firme la calificación no satisfactoria del periodo de prueba, el empleado debe regresar al cargo en que ostenta derechos de carrera.

PARÁGRAFO. Ejecutoriada la calificación no satisfactoria, se aplicará el procedimiento administrativo consagrado en la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005 o las disposiciones que lo modifiquen, aclaren o sustituyan.”(Subrayado y negrita fuera de texto)

Por lo expuesto, se concluye que la funcionaria que se encuentra en encargo, al no superar la evaluación de desempeño, deberá retornar al cargo en el cual ostenta derechos de carrera.

Ahora bien, 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:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

- Cuando se declare mediante Acto Administrativo motivado, el cual deberá garantizar el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como los demás principios que rigen la función administrativa.

Consecuencia de ello, y como quiera que el nombramiento en provisionalidad podrá darse por acto motivado, la entidad podrá estudiar la posibilidad de retirar a la persona que se encuentra nombrada en provisionalidad, evento en el cual deberá darse cumplimiento a lo establecido en la precitada Jurisprudencia por lo que la entidad tendrá que 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.

Finalmente, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Camila Villa

Revisó. Harold Herreño.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo 125 de la Constitución Política: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...) 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. (...)”

2. Sentencia T-574 de 2007

3. Ver las sentencias T-389 de 2001; T-108 de 2009; C-532 de 2006, entre muchas otras.

4 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 1º de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:09:59