



Concepto 155161 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000155161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000155161

Fecha: 25/04/2022 04:02:02 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Prepensionado. ¿Es viable el retiro del servicio de una empleada pública nombrada como provisional que ya cumplió requisitos para la pensión y es madre cabeza de familia? RAD. 20222060122652 del 15 de marzo de 2022.

Acuso recibo de su consulta, remitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, mediante la cual solicita a este Departamento Administrativo se le garantice su estatus de prepensionada y por tanto no se proceda con su desvinculación teniendo en cuenta que es una mujer, mayor, cabeza de familia, sin alternativa económica, que en la actualidad cuenta con 61 años y que a la fecha ha realizado aportes al Sistema de Seguridad Social por 1.255 semanas, y no tiene ingresos diferentes a los que recibe como secretaria ejecutiva 4210 grado 21 de la planta global de personal del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cargo que desempeño desde el 22 de junio de 2012.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, razón por la cual la resolución de los casos particulares le corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

En el mismo sentido se aclara que es la Entidad la competente para determinar si se procede o con el retiro del servicio de la funcionaria de acuerdo con lo establecido en la ley y la jurisprudencia.

De otra parte, es necesario aclarar que el Decreto [1415](#) de 2021² modificó el Decreto [1083](#) de 2015, que en su artículo 2.1.1.2 sobre el ámbito de aplicación señala que “Las disposiciones contenidas en el presente decreto son aplicables a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público (...)”

En ese sentido, lo primero que debe concluirse es que el Decreto [1415](#) de 2021 aplica a los servidores vinculados a entidades públicas de la Rama Ejecutiva, y en consecuencia aplicaría a los servidores vinculados al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, como es su caso.

Aclarado lo anterior, se hace necesario revisar lo que establece la normativa vigente en relación con el tema de su consulta, y para dichos efectos se tendrá en cuenta que, de acuerdo con su comunicación, se encuentra vinculada de manera provisional.

En relación con el retiro de servicio de empleados provisionales, el Decreto [1083](#) de 2015³, dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

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 Constitucional, 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.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia [SU-917](#) de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad expresa:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

(...) En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...) 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”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto [1083](#) de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia [SU-917](#) de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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.

Ahora bien, en relación a la protección especial del empleado público pre-pensionado, el artículo 8 de la Ley [2040](#) de 2020⁴ establece:

"Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional!"

De acuerdo con el legislador, en los casos de rediseño institucional en los que se deban suprimir cargos, o en los casos de la provisión definitiva de los empleos a través del concurso de mérito, los empleados provisionales o los temporales que sean pre-pensionados, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

En desarrollo de la Ley [2040](#) de 2020, el Gobierno nacional expidió el Decreto [1415](#) del 04 de noviembre de 2021, mediante el cual se modificó el artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto [1083](#) de 2015, en lo relacionado con la protección laboral a favor de, entre otros, quienes se encuentran próximos a cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y en ese sentido dispuso:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.2. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán las siguientes reglas:

1. Acreditación de la causal de protección:

(...) d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad deberá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

2. Aplicación de la protección especial:

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal permanente o temporal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

PARÁGRAFO. En el caso de los organismos y entidades que cuenten con plantas temporales, aplicarán las reglas establecidas en el presente artículo, hasta el término de duración señalado en el acto administrativo por la cual se creó o prorrogó la planta temporal. La protección especial de que trata este artículo aplicará solamente mientras la vigencia de la planta temporal (...)"

Así las cosas, se colige que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015, no pueden ser retirados del servicio quienes ostenten la calidad de empleados pre-pensionados. Sin embargo, para hacer efectiva la protección, según la modificación que hizo el Decreto 1415 de 2021, el empleado que considere que acredita los requisitos para acceder a la protección, por tener la calidad de pre pensionado, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto. De esta forma, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad de pre-pensionados y expedir constancia escrita al respecto, y les corresponderá verificar la validez de la documentación aportada por el solicitante.

En relación con la provisión definitiva de cargos a través de concursos de mérito, el Decreto 1415 de 2021, estableció:

ARTÍCULO 2. Adicionar el artículo 2.2.12.1.2.4 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedará así:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.4. Provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito. Para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

Sobre la reubicación de los empleados que accedan a la protección especial en comento, el mismo Decreto en comento, indicó:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.5. De la reubicación para los servidores públicos pre-pensionados.

En cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 2.2.12.1.2.2"

Por lo anterior, se concluye que ante la provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa, empleados con nombramiento provisional o temporal, deberán presentar a la entidad la documentación que acredite su condición de pre-pensionados y una vez se surta el trámite correspondiente y se expida la constancia escrita, la administración deberá por disposición legal, reubicarlos en los términos del artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, hasta que cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019⁵ señaló:

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.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

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.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

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.” (Subrayado nuestro)

De la normativa citada se infiere que, para el caso de los concursos de mérito, 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, y están en la obligación de tomar medidas que en el caso de los pre pensionados les garanticen el derecho a permanecer en el cargo, tales como excluir de los concursos de méritos sus empleos por el tiempo que les falte para obtener el derecho a la pensión.

Dado el anterior contexto, se colige que el presupuesto de derecho consagrado en el Parágrafo 2° del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, es irretroactivo, lo que significa que no tiene efectos sobre hechos o situaciones ocurridos antes de la entrada en vigencia de la citada ley. Es decir, no será aplicable la prerrogativa allí contemplada a los procesos de selección aprobados por Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil hasta antes del 25 de mayo de 2019, es decir; suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

Por consiguiente, la protección provista en el parágrafo 2° del Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 es aplicable a los servidores provisionales que al 30 de noviembre de 2018 estaban desempeñando empleos vacantes del sistema general de carrera que no hubieren sido parte de procesos de selección aprobados por la Sala Plena de la CNSC antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, es decir que hayan sido aprobados antes del 25 de mayo de 2019, y servidores provisionales que, al 25 de mayo de 2019 les falte el equivalente a tres (3) años o menos, bien en semanas de cotización, edad o ambas para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Como puede evidenciarse de la normativa expuesta a lo largo del presente concepto, la estabilidad laboral reforzada de la que trata el Decreto 1415 de 2021 solo aplica a los empleados en condición de pre-pensionados. Es decir, aplica únicamente para aquellas personas que conforme la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ y la Corte Constitucional⁷ les hace falta (3) tres años o menos para obtener la pensión de jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva.

Como quiera que la edad de pensión de las mujeres en Colombia es de cincuenta y siete (57) años y mil trescientas (1300) semanas cotizadas, y que según manifiesta en su consulta usted tiene 61 años de edad y 1300 semanas cotizadas, (teniendo en cuenta que, para el 14 de marzo de 2022, fecha en la que elaboró su petición eran 1255 semanas) se entiende que usted ya cumplió con los requisitos para la pensión y ya no tiene la calidad de pre-pensionada, por lo que las acciones afirmativas contenidas en el Decreto 1415 de 2021 para pre-pensionados no le son aplicables.

Sin embargo, esta Dirección Jurídica reitera que un empleado provisional que ya cumple con los requisitos para disfrutar de su pensión de jubilación, si puede ser retirado del servicio como consecuencia de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos correspondiente; no obstante, de manera facultativa, la administración podrá realizar acciones afirmativas para que algunos de esos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo, dicho análisis y decisión es propio de la respectiva entidad u organismo público.

En todo caso, si la entidad opta por reubicar al servidor público que ya cumplió sus requisitos de pensión, puede hacerlo en un cargo de vacancia temporal, definitiva o planta temporal. De no ser posible ninguno de estos eventos, entonces se debe motivar el acto de retiro del servicio por provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

Ahora bien, usted menciona en su petición que es madre cabeza de familia, al respecto es importante indicar que, la Ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, consagra:

ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley." (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que la persona que tiene la calidad de madre o padre cabeza de familia, compite en igualdad de condiciones con las demás personas que se presenten a un concurso de méritos para acceder a un empleo público ya que como lo señala la Corporación su situación de madre o padre cabeza de familia no lo exige de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Adicionalmente frente a la protección especial contemplada en el Decreto 1083 de 2015, Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, así:

ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1 del presente decreto."

Conforme a la normativa anterior, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida en que para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, y la entidad, deberá verificar que así sea.

De acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta entendiéndose madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Es importante destacar que la protección especial del Retén Social, aplica únicamente en caso de reestructuración y liquidación de una entidad, es decir a todos los programas de renovación de la Administración Pública.

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídica constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa⁸.

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"⁹.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa¹⁰, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las

personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)¹¹.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación [SU-446](#) de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹², 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 desvinculación¹³. En consecuencia, la terminación de una 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, 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.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

- i. La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y
- ii. La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia [SU-917](#) de 2010”.¹⁴

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, esta Dirección Jurídica considera que, es el empleador quien debe revisar la situación particular de cada uno de sus empleados y aplicar las acciones afirmativas que correspondan y sean necesarias para evitar la vulneración de sus derechos, especialmente cuando se trata de aquellos empleados en condición de indefensión como las madres cabeza de familia.

En ese sentido, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia [T-595](#) de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: “(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

En aquellos eventos en los que la Administración no pueda reubicar a la empleada, deberá generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos. Esto, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos, por cuanto en tal caso deberá igual prevalecer el derecho de carrera de

quien superó el proceso de selección.

Para mayor información 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 [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I Herreño.

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

² "Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados"

³ Reglamentario Único para el Sector Función Pública.

⁴ "por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores 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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 29 de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente No. 050012333000201200285-01

⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. sentencia C-795 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-7725

⁸ Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva

⁹ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁰ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

¹¹ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹² La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio (cita del texto).

¹³ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

¹⁴ Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: "TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección. La vinculación de estos

servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:23:48