

CIRCULAR EXTERNA No. 17

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **JHON JAIRO CAMARGO MOTTA**
Director General (E)
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Actualización lineamientos y recomendaciones para la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad

Fecha: 03 JUL 2024

De conformidad con la Ley 1444 de 2011 y el Decreto-Ley 4085 del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación¹.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023² creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y régimen jurídico, asignándole a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la coordinación del mismo.

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores(as) oficiales y los demás que determine la ley. La ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de servidor(a) público en provisionalidad es una causa de litigio transversal a las entidades del Estado.

Mediante Circular Externa No. 5 del 29 de febrero de 2024, la Agencia emitió los «lineamientos y recomendaciones para la expedición del acto administrativo que

¹ Ordinal 1 del artículo 6 del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 2269 de 2019.

² Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 - Colombia potencia mundial de vida.



declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad», con destino a las entidades públicas del orden nacional y territoriales.

Frente a esa Circular, en especial, en relación con el proceso de desvinculación de las personas **prepensionadas**, esta Agencia considera necesario dar alcance a ciertas recomendaciones emitidas en ese documento. Lo anterior, debido a que la obligación contenida en el párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019³, tiene un carácter temporal que, en principio, ya se superó.

De igual forma, se considera necesario incorporar jurisprudencia relevante y conceptos relacionados con la estabilidad de servidores(as) en provisionalidad que ostentan **condiciones de discapacidad física y/o mental, fuero de maternidad y sindical**.

Por lo anterior, se procede a actualizar las recomendaciones sobre las obligaciones y acciones que deben adoptar las entidades públicas para mitigar los posibles errores en las actuaciones relacionadas con la desvinculación de sujetos de protección constitucional.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA VINCULACIÓN DE LOS(AS) SERVIDORES(AS) PÚBLICOS(AS)

1. Los(as) servidores(as) públicos(as) son «...las personas naturales que tiene una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales»⁴.
2. La definición de servidor público es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para referirse a los miembros de las corporaciones públicas y a los(as) empleados(as) y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios⁵. Para entender estos conceptos es necesario acudir a la legislación preconstitucional, pues la

³ Este párrafo consagra la obligación en cabeza de todas las entidades públicas de reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) aquellos cargos ocupados por funcionarios/as en provisionalidad que a diciembre de 2018 o al momento de la entrada en vigencia de la ley, ostentaban la calidad de prepensionados/as.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 4912-14.

⁵ El Consejo de Estado ha indicado: «la calidad de servidor público es el género y los empleados públicos, trabajadores del Estado y los miembros de las corporaciones públicas es la especie de esa gran categoría. En palabras de la Corte Constitucional "La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C.P.)"» Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2021, radicado 2019-00374.

definición de las categorías empleado público y trabajador oficial se encuentra establecida en el artículo 5 del Decreto-Ley 3135 de 1968⁶.

3. Están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento⁷.
4. Existen dos formas de vinculación laboral al servicio público: la legal y reglamentaria, para empleados(as) públicos(as), y la contractual, para los(as) trabajadores(as) oficiales⁸.
5. El régimen de administración de personal de empleados(as) públicos se encuentra regulado principalmente por la Ley 909 de 2004⁹, la Ley 1960 de 2019 y el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
6. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, cuyo ingreso se hará mediante concurso público¹⁰. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales¹¹ y los demás que determine la ley.
7. La **provisionalidad**, de acuerdo con lo establecido en el Decreto-Ley 2400 de 1968¹², es una forma de proveer vacantes temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa. En el primer supuesto, el titular del empleo se encuentra en una situación administrativa que no le permite el desarrollo de las funciones del empleo; mientras que, en el segundo, el cargo

⁶ ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

⁷ Artículo 123 de la Constitución Política Ver también: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 855 del 08 de julio de 1996.

⁸ El Consejo de Estado ha manifestado: «...empleados públicos son las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, mientras que los trabajadores oficiales lo son a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como: sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado» Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 4912-14.

⁹ El artículo 3 de la Ley 909 de 2004, señala que las normas serán aplicables en su integridad a los servidores públicos tanto del orden nacional y territorial. Se aclara que estas normas rigen principalmente temas de gestión de personal y la carrera administrativa general. En el ordenamiento jurídico también existen carreras administrativas especiales con fundamento constitucional que, además de tener una regulación propia por expreso mandato constitucional no son vigiladas y administradas por la CNSC. Es el caso, de la rama judicial, la Procuraduría, la Fiscalía, las Universidades Públicas, entre otros. A su vez, el legislador puede por la particularidad de las entidades públicas o de las funciones a desarrollar establecer regímenes específicos de carrera administrativa, pero en este caso la vigilancia y administración corresponde a la CNSC, como en el caso de la DIAN, la aeronáutica civil, las superintendencias, el INPEC, entre otras entidades.

¹⁰ Artículo 125 de la Constitución Política.

¹¹ El artículo 2.2.30.1.1 del Decreto 1083 de 2015, señala que tendrá la calidad de trabajador oficial, la persona vinculada mediante relación de carácter contractual laboral.

¹² Artículo 5 del Decreto-Ley 2400 de 1968: «Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera.»

no tiene titular, razón por la cual resulta obligatorio que el empleo se oferte para que el mismo sea provisto mediante concurso de méritos.

8. De conformidad con la clasificación señalada, es claro que el nombramiento en provisionalidad sólo es procedente en los cargos de carrera administrativa, ya que esta figura jurídica no es aplicable a los cargos de libre nombramiento y remoción. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso abordar las circunstancias que rodean el proceso de vinculación y de desvinculación de los(as) servidores(as) públicos en **cargos de carrera administrativa** exclusivamente.
9. El ingreso o nombramiento en un empleo de carrera administrativa debe hacerse, según los parámetros constitucionales, a través de concursos públicos de méritos, en los cuales se garanticen los principios de la función pública en su escogencia¹³.
10. El artículo 1 del Decreto 498 de 2020 establece de manera clara y precisa el siguiente orden de prelación para la provisión de empleos de carrera:
 - El cumplimiento de una sentencia que ordene el reintegro de funcionario(a) que al momento del retiro ostentaba derechos de carrera administrativa;
 - El traslado forzoso cuando este movimiento de personal se requiera para proteger los derechos a la vida e integridad física de empleados(as) de carrera administrativa que estén o hayan sido amenazados o desplazados por la violencia;
 - La materialización del derecho preferente a ser reincorporado de un empleado de carrera administrativa cuando se ha optado por esta alternativa ante una supresión del empleo;
 - La utilización de la lista de elegibles en estricto orden de resultados no solo para los empleos ofertados sino para las vacancias definitivas que se generen después de la convocatoria en cargos iguales o equivalentes, y;
 - La realización del concurso de méritos.
11. Una vez agotado el orden de prelación señalado, en las vacancias absolutas y mientras se realiza el concurso de méritos o mientras dure la situación administrativa del titular de un empleo de carrera en el caso de vacancias transitorias, las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019 establecen la posibilidad

¹³ Artículo 2 de la Ley 909 de 2004. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

de que esa vacante se llene de manera prevalente a través de un **encargo**¹⁴. Solo si la vacante no puede ser suplida por encargo, entonces será procedente el nombramiento en **provisionalidad**.

12. Bajo este entendido, resulta fundamental que las entidades públicas dejen trazabilidad de que no existen empleados(as) públicos(as) de carrera que reúnan los requisitos del empleo para llenar en encargo, o que no existe interés de quienes sí los cumplen. Solo después de esa verificación es posible nombrar en provisionalidad a una persona¹⁵.
13. Según el Departamento Administrativo de la Función Pública, el nombramiento en provisionalidad constituye un mecanismo de carácter **excepcional y transitorio** que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de méritos o mediante el encargo.
14. Los(as) servidores(as) públicos(as) vinculados en carrera administrativa gozan de estabilidad laboral¹⁶, la cual constituye un pilar fundamental en su relación laboral con la administración pública, e impide que los mismos sean desvinculados por causas ajenas a la prestación del servicio. Por lo anterior, solo podrán ser retirados por las causales señalados en la Constitución Política y la ley¹⁷.
15. Por su parte, los(as) servidores(as) públicos(as) nombrados en provisionalidad en cargos de carrera gozan de una **estabilidad laboral relativa o intermedia**, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley¹⁸. Por tanto, el acto administrativo de desvinculación de estos **debe ser motivado**, no hacerlo genera un vicio de nulidad. Esto, de conformidad con:
 - La jurisprudencia constitucional que ha indicado que la no motivación de acto administrativo que desvincula a un provisional vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y al correcto acceso a la administración de justicia¹⁹; y

¹⁴ Artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

¹⁵ Artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015. Provisión de las vacancias temporales.

¹⁶ Artículo 27 de la Ley 909 de 2004.

¹⁷ Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015, T-373 de 2017 y T-096 de 2018.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998.

- El Decreto 1227 de 2005²⁰, que señala como una obligación para la autoridad nominadora hacer explícitas las razones de la ruptura de este tipo de relación laboral²¹.

16. Para los provisionales que además ostentan la condición de sujetos de especial protección constitucional se ha establecido la necesidad de ponderar su derecho a mantener el vínculo laboral con la administración con los derechos de carrera administrativa de quienes han superado los concursos de mérito como modo natural de provisión de los empleos de carrera administrativa²².

II. **NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE A LA DESVINCULACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD**

1. La desvinculación de los(as) servidores(as) públicos(as) que desempeñan empleos de carrera en calidad de provisionalidad debe darse por acto administrativo **debidamente motivado**²³. Este procedimiento garantiza la estabilidad laboral de aquellas personas que ocupan cargos dentro del ámbito de la carrera administrativa, y esta protección se ha ampliado a los(as) servidores(as) en condición provisional como resultado de la evolución de la jurisprudencia constitucional y administrativa²⁴.
2. El acto administrativo de desvinculación además de estar debidamente justificado debe cumplir los requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), como la garantía del debido proceso, la interposición de recursos y/o la facultad de impugnar la decisión adoptada ante la jurisdicción administrativa de considerarlo pertinente²⁵, entre otros.
3. En la fundamentación del acto administrativo de desvinculación se deben citar causas justificadas de retiro. Tales causas están establecidas en la Constitución y la Ley²⁶.
4. El acto administrativo que desvincula a un provisional debe seguir los siguientes parámetros:

²⁰ Compilado en el Decreto 1083 de 2015.

²¹ Artículos 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

²² Artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015.

²³ Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015, T-373 de 2017 y T-096 de 2018.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

²⁶ Artículo 125 de la C.P. y artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

- Cuando el origen sea la provisión de una vacancia transitoria o temporal, deberá establecerse que la situación administrativa que dio lugar a la misma ha finalizado y, por lo tanto, el titular reasumirá las funciones del empleo;
 - Cuando el origen de la provisionalidad sea una vacancia absoluta, una justa causa de desvinculación es precisamente la provisión del empleo como resultado del proceso de concurso de méritos;
 - Con independencia de si la provisionalidad cubrió una vacancia transitoria o definitiva, la ruptura de la relación laboral puede darse si se dan los supuestos fácticos y jurídicos de alguna de las causales de desvinculación consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 (renuncia, edad de retiro forzoso, abandono del cargo, destitución, etc.), y;
 - Cuando la causal de desvinculación que se utilice sea la declaratoria de insubsistencia, con independencia de si la provisionalidad cubrió una vacancia transitoria o definitiva, la motivación debe sustentarse en un proceso de evaluación del desempeño o seguimiento laboral que denote una afectación clara del servicio que se presta.
5. En relación con la justificación adecuada del acto administrativo, la Corte Constitucional ha establecido que, cuando se separa un(a) servidor(a) provisional de sus funciones sin que exista una causa justificativa, se configura un vicio de inconstitucionalidad por la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y de defensa²⁷.
6. La debida motivación de estos actos administrativos de desvinculación es esencial para asegurar la transparencia y legalidad de la decisión adoptada, por tanto, dicho acto debe estar respaldado por una causal específica establecida en la Ley, con el fin de salvaguarda los derechos y disminuir la litigiosidad por este motivo.
7. A estas condiciones generales de desvinculación de servidores(as) en nombramientos provisionales, se suman algunas adicionales relacionadas con las personas que son sujetos de protección especial constitucional. Son sujetos de protección especial quienes se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:
- Mujeres en estado de embarazo o en licencia de maternidad²⁸.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2008.

²⁸ Artículo 51 de la Ley 909 de 2004.

2

- Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica²⁹.
 - Las personas con condiciones de discapacidad física o mental³⁰.
 - Las personas prepensionadas³¹.
 - Quienes gocen de fuero sindical.
8. Para la desvinculación de este tipo de personas, deben adelantarse medidas afirmativas y acciones protectoras por parte de las entidades, con el objetivo de garantizar sus derechos fundamentales. Algunas de estas medidas pueden ser la desvinculación tardía o la reubicación en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, siempre que se cumplan los requisitos legales, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo³².
9. El artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 indica que existen personas que ostentan condiciones que las hacen merecedoras de medidas afirmativas cuando el cargo que ocupan se deba proveer por un concurso de méritos y la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer. Asimismo, se establece un orden de prioridad, así:
- La enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
 - La condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
 - La condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
 - La condición de empleado amparado con fuero sindical.
10. De conformidad con lo anterior, las personas que padezcan una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad serán las últimas en ser desvinculadas y tienen prioridad frente los demás sujetos de especial protección constitucional.

²⁹ La protección especial consagrada para las madres puede ser extensiva a los padres que se encuentren en la misma situación, pues la idea de proteger al núcleo familiar constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales, consagrados en el artículo 44 de la C.P. Corte Constitucional, sentencia C-1039 de 2003.

³⁰ Artículo 1 de la Ley 762 de 2002.

³¹ Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020.

³² Parágrafo 3 del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015.

11. En todo caso, la protección especial de estos sujetos conlleva **una estabilidad laboral relativa** que debe ceder frente a las personas que ocupan los primeros lugares en la lista de elegibles. Las medidas afirmativas encuentran límite en: i) los derechos de los(as) elegibles en virtud del mérito y ii) el margen de maniobra con que cuente la entidad.
12. No es posible condicionar la posesión de los(as) elegibles que ocupan un lugar meritorio en la lista al hecho de que el cargo esté ocupado por personas con nombramientos provisionales que goce de una condición de protección especial. Esta interpretación es desproporcionada, y contraria a la Constitución y al Decreto 1083 de 2015³³.

A continuación, se desarrollan las reglas aplicables a la desvinculación de personas con nombramientos provisionales que además gozan de una protección especial por sus diferentes condiciones.

III. REGLAS APLICABLES A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

A. Mujeres en estado de embarazado o en licencia de maternidad

1. El artículo 43 de la Constitución Política señala que las mujeres tienen derecho a recibir especial asistencia y protección por parte del Estado durante el embarazo³⁴.
2. La protección de las mujeres en el ámbito laboral tiene como finalidad desincentivar actos discriminatorios por razones de sexo y/o género³⁵. Entre las diferentes medidas de protección se encuentra **la prohibición de despido de las mujeres embarazadas o en licencia de maternidad y la consecuente estabilidad laboral reforzada**. En estos casos, esta estabilidad laboral es de carácter temporal y abarca todo el periodo del embarazo y los meses de licencia de maternidad³⁶.

³³ Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018. En este fallo se indicó que la estabilidad laboral relativa de los servidores en provisionalidad cede frente al derecho que le asiste a una persona que superó todas las etapas del concurso de méritos para acceder a un cargo público cuando manifestó: «En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propia de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos.»

³⁴ Artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con los artículos 13, 43 y 53 de la C.P.. Artículos 20 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 4 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención Belén do Pará-; artículo 11 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; artículos 2 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los Convenios 3, 111, 156 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

³⁵ Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 081861 del 17 de febrero de 2022.

³⁶ Esta prohibición está expresamente consagrada en el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, que fue declarado exequible mediante la sentencia C-470 de 1997. La Ley 2306 de 2023 consagró varias medidas de protección a la lactancia, sin embargo, se aclara que el periodo de estabilidad laboral reforzada cubre todo el embarazo y la licencia de maternidad. El Ministerio de Trabajo, en Concepto 202312030000068155 de 13 de

3. Para que proceda esta prohibición es necesario que concurren dos condiciones: (i) el conocimiento del estado de embarazo por parte del(la) empleador(a) y (ii) la existencia de la relación laboral o prestacional. En todo caso, aun cuando el(la) empleador(a) no conoce del estado de gravidez de la mujer se activa un fuero de protección con otras medidas³⁷.
4. El alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores³⁸:
 - El conocimiento del embarazo por parte del(a) empleador(a); y
 - La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.
5. En cuanto a las reglas para la notificación al nominador sobre el estado de embarazo por parte de la empleada es preciso tener en cuenta que³⁹:
 - La comunicación no requiere de ningún tipo de formalidad, puede emitirse de forma verbal o escrita.
 - El conocimiento puede obtenerse por vía directa; por noticia de un tercero o por la configuración de un hecho notorio.
 - El hecho notorio se configura por los cambios físicos en el cuerpo de la mujer (generalmente a partir del quinto mes de embarazo); por la solicitud de permisos laborales con ocasión del embarazo; o por el conocimiento público entre compañeros(as) de trabajo.
6. En relación con las servidoras públicas en estado de gestación que ocupan cargos en provisionalidad, ofertados mediante concurso de méritos o suprimidos en procesos de reestructuración, deben aplicarse las siguientes reglas y recomendaciones⁴⁰:

diciembre de 2023 señaló: «...En conclusión, con la entrada en vigor de la Ley 2063 de 2023, se tiene que el despido posterior a las dieciocho semanas (18) siguientes al parto, no implica la presunción de despido discriminatorio. En esta hipótesis será la Madre – Trabajadora la que deberá acreditar que fue despedida con ocasión de estar gozando del permiso de Lactancia (SL3733-2018. SCL, rad 53.584 y Rad 17193 del 10 de julio de 2002. SCL). De manera adicional es pertinente indicar que la puesta en marcha de la Ley 2603 de 2023 no implica una extensión automática del fuero de maternidad. En efecto, las trabajadoras gozarán del descanso remunerado de lactancia durante los dos primeros años de vida del menor “...siempre y cuando se mantenga y manifiesta una adecuada lactancia materno-continua” la que deberá acreditar la Madre Trabajadora con los respectivos certificados médicos».

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-075 de 2018.

³⁸ Parágrafo 2 del artículo 51 de la Ley 909 de 2004: «En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación».

³⁹ Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-070 de 2013.

- Si el cargo sale a concurso, el último empleo a proveerse entre quienes lo hayan ganado deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó.
- Cuando deba entregarse el cargo de la mujer embarazada o en licencia de maternidad por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.
- Si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la empleada pública nombrada en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que termine la licencia de maternidad o de ser ello imposible, pagar la totalidad de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

B. Madre o padre cabeza de familia

1. Las mujeres cabeza de familia gozan de protección especial de parte del Estado, en los términos de los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política. Una mujer cabeza de familia es quien, siendo soltera o casada⁴¹, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo la responsabilidad afectiva, económica o social sobre sus hijos o hijas menores de edad o sobre otras personas con imposibilidad para trabajar⁴².
2. La protección especial consagrada para las madres cabeza de familia puede ser extensiva a los padres cabeza de familia que estén en situación de vulnerabilidad. El fundamento de esta protección es la salvaguarda del núcleo familiar, como espacio en donde se garantizan derechos fundamentales⁴³.
3. La jurisprudencia constitucional, ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de certificar la calidad de madre o padre cabeza de familia⁴⁴, así:
 - Tener a cargo la responsabilidad de hijos o hijas menores edad o en condición de discapacidad, o de otras personas incapacitadas para trabajar.
 - Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.

⁴¹ El estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Corte Constitucional, sentencia C-034 de 1999 y artículo 5 de la Ley 2115 de 2021.

⁴² Artículo 43 de la CN y artículo 2 de la Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, modificada y adicionada por las Leyes 1232 de 2008 y 2115 de 2021.

⁴³ Artículos 42, 43 y 44 de la CN y Corte Constitucional, sentencia C-1039 de 2003.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005.

- Abandono del hogar ausencia permanente por parte de la pareja y la sustracción de las obligaciones que le corresponden como padre.
 - Que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o porque haya fallecido.
 - Que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.
4. Cuando un(a) servidor(a) público(a), que es padre o madre cabeza de familia, no dispone de fuentes de ingresos adicionales para sostener a sus dependientes se convierte en un sujeto de especial protección constitucional. En tales circunstancias, se requiere la implementación de medidas afirmativas destinadas a preservar y garantizar sus derechos, siempre que sea factible, con el fin de asegurar la protección de su bienestar y de su entorno familiar⁴⁵.
5. Antes de considerar la desvinculación de madres o padres cabeza de familia vinculados a cargos en nombramientos provisionales, la entidad debe observar con especial atención los siguientes aspectos:
- Verificar que la persona acredita los presupuestos para ser considerado(a) madre o padre cabeza de familia.
 - Prever que estas personas sean las últimas en ser desvinculadas, atendiendo los criterios de priorización señalados en el presente lineamiento.
 - Abstenerse de solicitar la declaración ante notario para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia, ya que no es una prueba necesaria para acreditarlo. Dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto⁴⁶.
 - Analizar la posibilidad de reubicar a la madre o padre cabeza de familia siempre y cuando existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando.

C. Prepensionados

1. La categoría de prepensionado se obtiene cuando a una persona le falta tres (3) años a menos para obtener su derecho a la pensión. Esto puede ocurrir

⁴⁵ Párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1211 de 2008.

por dos supuestos: (i) cuando le falta tres (3) años o menos para cumplir la **edad de pensión** o (ii) para cumplir **el tiempo de servicios o las semanas cotizadas**. Existen diferentes reglas derivadas de la estabilidad laboral que gozan las personas prepensionados.

2. En el marco de **concursos de mérito**, la Corte Constitucional en **sentencia T-253 de 2023** señaló que la estabilidad laboral reforzada de las personas prepensionadas genera la obligación de trato preferencial en el marco de los concursos de mérito. Esta obligación se concreta específicamente en:

«(i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez.»

3. La estabilidad laboral a favor de personas vinculadas en cargos de provisionalidad que a su vez son prepensionadas no es absoluta porque, por ejemplo, la provisión del empleo a favor de quien ganó un concurso de mérito es una causal constitucionalmente válida para la desvinculación⁴⁷.

4. Con relación a los casos o programas de **renovación administrativa** (supresión, liquidación, fusión de entidades, entre otros), la categoría de prepensionados también es relevante. En este sentido, el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, indicó que:

«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.»

5. Se debe tener en cuenta que el párrafo 2 del artículo 263 de Ley 1955 de 2019 fijó una protección especial para los(as) servidores(as) nombrados en provisionalidad que, **antes de diciembre de 2018** y/o que **a la fecha de**

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011. «(...) 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»

entrada en vigencia de la ley (25 de mayo de 2019), les faltaran de tres (3) años o menos para cumplir los requisitos para la pensión de jubilación. La protección consistía en que el respectivo cargo solo podría ser ofertado una vez el(a) servidor(a) causara su derecho pensional. En principio, se advierte que, quienes se encontraban en dicha situación, ya habrían cumplido los requisitos para la pensión⁴⁸.

6. Teniendo en cuenta todo lo anterior, cuando se deba proveerse un cargo de carrera administrativa que está siendo ocupado por una persona que ostenta la calidad de prepensionada, la entidad pública deberá:
 - Verificar que la persona efectivamente cumple los presupuestos para ser considerado prepensionada.
 - Adoptar, en la medida de lo posible, las medidas administrativas correspondientes a la reubicación del empleado(a) en provisionalidad que tenga la calidad de prepensionado(a). Lo anterior, cuando el cargo deba ser ocupado por alguien que ganó un concurso de méritos, garantizando su permanencia hasta tanto sea incluido en nómina de pensionados(as)⁴⁹.
 - Solicitar el derecho a la pensión del empleado(a) en provisionalidad, si transcurridos treinta (30) días después de que el(a) servidor(a) público(a) cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión y no la haya efectuado⁵⁰.

D. Las personas con condiciones de discapacidad física o mental

1. En Colombia rige un modelo social de la discapacidad que parte de dos presupuestos. En primer lugar, que las personas en condición de discapacidad son titulares indiscutibles de la dignidad humana y, en segundo lugar, que la discapacidad es generada por factores sociales y estructurales que deben ser modificados para asegurar el goce de los derechos en igualdad de condiciones⁵¹.
2. Ese enfoque social de la discapacidad genera obligaciones estatales para las personas en condición de discapacidad, cuyo fundamento constitucional se deriva de principalmente del artículo 13 superior⁵². Dentro de estas acciones,

⁴⁸ Por esta situación, la norma no tendría aplicación actual, motivo por el cual ya no se deberá reportar a la CNSC los empleos que se encuentren ocupados en provisionalidad por servidores en condición de prepensionados.

⁴⁹ Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020.

⁵⁰ Parágrafo 3° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias C-352 de 2022, T-425 de 2022, C-052 de 2021, C-239 de 2010, C-804 de 2009, entre otras.

⁵² Artículo 13 de la C.P.

en este caso interesa revisar las garantías para evitar discriminaciones en el ámbito laboral⁵³.

3. En esa medida, se destaca que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es predicable de las personas con condiciones de discapacidad física o mental.
4. Existe una diferencia entre los conceptos de discapacidad y de invalidez.
 - La **discapacidad**, si bien, implica restricciones físicas o mentales para la forma en que se ejercen diferentes actividades sociales y/o laborales, no presupone necesariamente la pérdida de la capacidad laboral de una persona.
 - La **invalidez** implica que la persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral y, por ese motivo, no puede desempeñarse en el ámbito del trabajo.
5. La garantía de la estabilidad laboral reforzada solo aplica para personas en condición de discapacidad. Las protecciones sociales para las personas calificadas con condición de invalidez son de otro tipo como, por ejemplo, las respectivas pensiones.
6. La estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad aplica para personas con nombramientos provisionales⁵⁴. Esta regla no es absoluta ya que la desvinculación es posible si existen y se prueban circunstancias que justifiquen constitucionalmente el despido.
7. Para la desvinculación de una persona en condición de discapacidad la administración debe desvirtuar la presunción de que el despido ocurre por razones discriminatorias. En aplicación de esta protección constitucional, le corresponde a la entidad realizar las verificaciones y actualizaciones sobre la situación de salud de la persona que desvinculará.
8. La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en los casos de desvinculación de personas en situación de discapacidad que se encuentren en provisionalidad, la carga de la prueba recae en la administración pública. En caso de no poder demostrar que la desvinculación no se debió a la

⁵³ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2008, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en condición de discapacidad; Corte Constitucional, sentencias C-804 de 2009; T-425 de 2022 y T-1040 de 2001. Asimismo, están las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, ratificado mediante la Ley 82 de 1988.

⁵⁴ Artículo 53, 55 y 56 de la C.P.. Convenio 15 de la OIT, ratificado por la Ley 411 de 1995. Corte Constitucional, sentencias T-292 de 2011 y T-372 de 2012, y auto 382 de 2014.

2

discapacidad, se tiene la obligación de reubicar al empleado(a) en un cargo que le permita desempeñarse de manera efectiva y aprovechar todas sus capacidades laborales⁵⁵.

9. En esa medida, antes de la desvinculación un(a) servidor(a) en provisionalidad que goce de esta protección constitucional, se debe:

- Verificar si la persona informó tal situación, si está demostrada la condición de discapacidad, y si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral⁵⁶.
- Examinar si es viable iniciar los trámites tendientes a reconocer la pensión por invalidez.
- Verificar si dentro de la planta de personal existe una plaza disponible donde pueda ser vinculada la persona con discapacidad o que presente una enfermedad catastrófica.
- Garantizar la vinculación a la seguridad social en salud, de tal manera que pueda continuar el tratamiento integral de la patología que padece y hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación o hasta que sea afiliado al sistema por otro empleador⁵⁷.
- Ser de las últimas personas desvinculadas, por tener una situación especial de protección constitucional.

E. Fuero sindical

1. Los(as) trabajadores(as) tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución⁵⁸. Por regla general, el fuero sindical implica que las personas amparadas por esta protección solo pueden ser desvinculadas después de una autorización judicial que las entidades deben solicitar según el artículo 12 de la Ley 584 de 2000.
2. Como excepción a la regla anterior, el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, señala que no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los(as) empleados(as) amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

⁵⁵Corte Constitucional, sentencia T-320 de 2016.

⁵⁶Corte Constitucional, sentencia T-899 de 2014.

⁵⁷Corte Constitucional, sentencia T-373 de 2017 y T-096 de 2018.

⁵⁸Artículo 39 de la Constitución Política.

- Cuando no superen el período de prueba.
 - Cuando **los empleos provistos en provisionalidad** sean convocados a concurso y el(a) empleado(a) que lo ocupa no participe en él⁵⁹.
 - Cuando **los empleos provistos en provisionalidad** sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.
3. Los(as) servidores(as) públicos(as) con fuero sindical conforman un grupo que goza de una protección laboral especial, lo cual debe ser debidamente corroborado por la entidad pública. Por consiguiente, cuando una persona que ocupa un cargo en nombramiento provisional presenta una solicitud de estabilidad laboral reforzada, la entidad pública correspondiente deberá:
- Manifestar a la persona que no es procedente el amparo constitucional solicitado de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional⁶⁰.
 - Abstenerse de solicitar permiso judicial para la desvinculación de servidores(as) públicos(as) vinculados en provisionalidad cuando su retiro sea producto de un concurso de méritos⁶¹.
4. La protección aludida no da lugar a permanecer de manera indefinida en el empleo, pero si otorga garantías mínimas que impiden a la entidad vulnerar los derechos que les corresponde a los(as) servidores(as) públicos en provisionalidad y evita que se genere un daño antijurídico al Estado.

IV. RECOMENDACIONES GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACIÓN

1. En la implementación de sus decisiones, la administración debe rigurosamente cumplir con los requisitos y formalidades establecidas para la expedición de actos administrativos en el CPACA, así como verificar las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa⁶². Ante lo cual las autoridades tienen las siguientes responsabilidades de carácter primordial:
- Utilizar un lenguaje formal, directo, claro y comprensible en la redacción del acto administrativo y evitar las contradicciones.

⁵⁹ Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto 042491 del 04 de febrero de 2020.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1119 de 2005.

⁶¹ Artículo 24 del Decreto 760 de 2005

⁶² Ley 909 de 2004, Ley 1437 de 2011, CPACA y Decreto 1083 de 2015.

2

- Explicar de manera clara, detallada y precisa la razón por la cual se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión (concurso de méritos, sanción disciplinaria, calificación insatisfactoria u otra razón legal).
 - Constatar que el cargo ocupado en provisionalidad haya sido efectivamente incluido en la convocatoria realizada para proveer el cargo mediante el respectivo concurso de méritos⁶³.
 - Verificar que la persona nombrada en periodo de prueba tome posesión del cargo que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del servidor en provisionalidad⁶⁴.
 - Identificar de manera clara al destinatario del acto administrativo, teniendo en cuenta que varios servidores/as pueden ocupar un cargo con la misma denominación.
 - Verificar si los(as) destinatarios(as) del acto administrativo son sujetos de especial protección constitucional y se les deberá aplicar alguna de las acciones afirmativas señaladas en la Ley o por la jurisprudencia⁶⁵.
 - Constatar que la persona en provisionalidad que haya ganado el concurso de méritos para un cargo diferente al que ostentaba sea nombrado en periodo de prueba.
 - Consultar los precedentes jurisprudenciales que se relacionen con la protección sujetos de especial protección constitucional.
 - Revisar las normas aplicables en materia de comunicación y notificación en el marco de las actuaciones administrativas⁶⁶.
2. Durante el proceso de expedición del acto administrativo de desvinculación de personas en situación provisional, es fundamental que las entidades den estricto cumplimiento a las leyes y jurisprudencia aplicable, diseñadas para salvaguardar y proteger los derechos de estos servidores.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de octubre 2017, radicado 68001-23-31-000-2011-00103-01.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 07 de marzo de 2019, radicado 25000-23-25-000-2010-00317-01.

⁶⁵ Párrafo 3 del artículo 2.2.5.3. del Decreto 1085 de 2015.

⁶⁶ Se recomienda revisar el Lineamiento sobre buenas prácticas en las comunicaciones y notificaciones de las actuaciones administrativas elaborado por la ANDJE.

V. CONCLUSIONES

1. Las entidades deben tener en cuenta que, si se produce la desvinculación de un(a) servidor(a) público(a) en provisionalidad sin que se haya motivado el acto, se vulneran los principios de igualdad y de mérito en el acceso a la función pública, como también el debido proceso y la estabilidad laboral relativa de que gozan los primeros, lo cual podría dar lugar a una eventual declaratoria de nulidad del mismo.
2. La entidad podrá retirar del servicio al empleado/a público/a en provisionalidad solo cuando existan causales objetivas previstas en la constitución y en la ley, tales como: a) Que el cargo se va a proveer con el respectivo concurso de méritos; b) La existencia de una razón suficiente relacionada con la prestación del servicio; c) La calificación de servicios como no satisfactoria, d) Una sanción disciplinaria.
3. La motivación del acto administrativo que conlleva la desvinculación de los(as) servidores(as) públicos(as) que ocupan cargos de carrera administrativa en condición provisional, representa un requisito obligatorio para todas las entidades públicas⁶⁷.
4. El acto administrativo de desvinculación de un(a) funcionario(a) que ejerce en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe señalar la justa causa por la cual se lo separa del mismo, pues los motivos de protección del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos⁶⁸.
5. La protección especial constitucional otorgada a las personas con nombramientos en provisionalidad debe ser evaluada en su justa medida, de manera que los derechos de los ganadores de concursos públicos de méritos sean debidamente respetados y prevalezcan⁶⁹.
6. Previo a proceder con el nombramiento de la lista de elegibles de quienes superan las etapas de los concursos de méritos, las entidades deben identificar con rigor, los cargos que están siendo ocupados por sujetos de especial protección constitucional y adoptar las acciones afirmativas señaladas, de conformidad con las reglas jurisprudenciales reiteradas sobre el trato preferente⁷⁰.
7. Agotado el uso de listas de elegibles, si el número de cargos ofertados era superior, se debe brindar protección a quienes se encuentren desempeñando dichos cargos, en el siguiente orden: 1. Empleado(a) con discapacidad o

⁶⁷ Parágrafo 2 del artículo 41 de Ley 909 de 2004.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-1240 de 2004.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-405 de 2022.

⁷⁰ Parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

enfermedad grave; 2. Madres o padres cabeza de familia; 3. Prepensionados⁷¹.

8. En el mismo orden, se deberá propender por la reubicación de las personas, cuando el número de integrantes de la lista sea superior al de los cargos a proveer.

Atentamente,

JHON JAIRO CAMARGO MOTTA
Director General (E)

Aprobó: Liliana Palacios Álvarez/Marcela Morales *[Signature]*
Revisó: María Fernanda Suárez Celly/Elena María Escobar Arbeláez *[Signature]*
Elaboró: José Alejandro Sánchez Ladino/Jorge Alexander Barrero Lopez *[Signature]*

Atentamente,