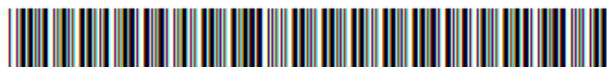


**MEMORANDO**



**Radicado No: 202510430000058483**

**Para:** Dirección de Gestión Humana – Sede de la Dirección General.

**Asunto:** Lineamientos y recomendaciones para la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad.

**Fecha:** 2025-05-20

Cordial Saludo,

La Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 987 de 2012, art. 6º, nums. 1 y 7, así como en la Resolución No. 60 de 2013, art. 8º, nums. 3, 5 y 6; comunica el siguiente lineamiento para la expedición del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad vinculados con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

**1. Concepto y Naturaleza Jurídica de los Empleos de Carrera Administrativa**

Según el artículo 123 de la Constitución, los servidores públicos se clasifican en miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán las funciones detalladas en ley o reglamento, en la forma prevista por la Constitución y la ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera por regla general. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

A su vez, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 define la Carrera Administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se

hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

La sentencia C-285 de 2015 señala que el sistema de carrera hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991.

Se resalta en la defensa del ICBF que, la provisión de empleos de carrera es absolutamente reglado; por lo que, en las entidades públicas legalmente dos (02) personas no pueden desempeñar al tiempo el mismo cargo y tener la respectiva remuneración. El representante legal de la entidad NO puede crear o modificar la planta de empleos públicos; por cuanto las plantas de cargo de las entidades públicas del sector Nacional obedecen a la creación mediante acto legal y la provisión de los empleos de *carrera administrativa* conforme a lo dispuesto en la Constitución y la Ley, sin admitir ningún tipo de discrecionalidad de los funcionarios públicos para proveer los empleos que pertenecen al sistema de carrera administrativa.

## **2. Concepto y naturaleza jurídica de los empleos en provisionalidad**

El Decreto 1083 de 2015 modificado por el Decreto 648 de 2017 dispone:

**"ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas.** *Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

*Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.*

*Mientras se surte el proceso de selección, **el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional**, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Ahora, respecto de su terminación, el Decreto 1083 de 2015 modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017 contempla en su 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."**

Según las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019 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.

De los anteriores acápite normativos concluimos, el nombramiento provisional es un método de provisión con carácter transitorio, en el entendido, que los servidores públicos que desempeñan un empleo en esta modalidad no adquieren derechos de carrera administrativa y su permanencia está sujeta a una causal objetiva del retiro del servicio, que en palabras de la H. Corte Constitucional y Consejo de Estado puede tratarse del nombramiento en período de prueba como resultado de un concurso de méritos. En otras palabras, la terminación de un nombramiento provisional con ocasión de un nombramiento en período de prueba se trata de una "condición resolutoria" del nombramiento provisional.

### **3. Normatividad aplicable a la desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad**

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 la desvinculación del servidor público en provisionalidad que ocupa un cargo de carrera administrativa debe darse mediante acto debidamente motivado en cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Esto, como una garantía del debido proceso y de la facultad de demandar los pronunciamientos de la administración ante la jurisdicción administrativa. Además que disminuye la litigiosidad en contra de la Entidad.

En virtud de lo dicho, la desvinculación de un provisional debe cumplir con lo siguiente:

1. Cuando el origen sea la provisión de una vacante 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;

2. 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;
3. 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;
4. 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.

En consecuencia, la desvinculación de un servidor provisional debe obedecer a causas claras y legalmente justificadas, tales como la finalización de la situación que originó la vacante temporal, el retorno del titular al cargo, la provisión definitiva del empleo mediante concurso de méritos en casos de vacancia absoluta, o la configuración de causales específicas previstas en la ley, como renuncia, retiro forzoso o abandono del cargo. Asimismo, si se opta por la insubsistencia como causa de desvinculación, esta debe estar debidamente motivada en una evaluación objetiva del desempeño o en evidencia de un impacto negativo en la calidad del servicio prestado.

Además de poder atacar el acto administrativo mediante el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que cuando el acto de separación del empleo carece de una total justificación, se configura un vicio de inconstitucionalidad por la vulneración al derecho fundamental del debido proceso, como se mencionó en sentencia T-007 de 2008:

*"En la actualidad esta es la respuesta constitucional más frecuente a la falta de motivación de los actos de desvinculación de servidores nombrados en provisionalidad. En estos casos, el juez constitucional ha ordenado (i) o bien motivar el acto administrativo de manera inmediata o (ii) en aquellos casos en que además haya vulneración del mínimo vital de las personas, - aparte de la motivación del acto -, se ha ordenado el reintegro del funcionario, cuando la desvinculación intempestiva afecta claramente su mínimo vital. Por último, (iii) se han dado también ordenes complejas sometidas a condición, que involucran el reintegro del funcionario separado de su cargo de manera inmediata, si la orden de motivación del acto administrativo no se cumple en un*

*primer momento. En estos casos, en la decisión de tutela se consagra la obligación de la debida motivación, so pena de la inmediata revinculación del funcionario afectado al cargo del que fue separado”*

Adicional a los requisitos generales de la motivación del acto administrativo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte constitucional han sumado unas condiciones adicionales que se deben tener en cuenta por parte de la Administración para el momento de desvinculación de sujetos de especial protección constitucional, a saber:

- ✓ Mujeres en estado de embarazo o en licencia de maternidad.
- ✓ Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica.
- ✓ Las personas con condiciones de discapacidad física o mental.
- ✓ Las personas pre-pensionadas.
- ✓ Quienes gocen de fuero sindical.

En el siguiente acápite se abordarán consideraciones de especial relevancia frente a la desvinculación de servidores en situación de provisionalidad que gozan de protección constitucional reforzada. Es fundamental advertir que, tratándose de personas que por su condición de discapacidad, enfermedad grave o situación de vulnerabilidad se encuentran amparadas por un régimen de especial protección; las entidades públicas no pueden adoptar decisiones administrativas que impliquen su desvinculación sin antes agotar una serie de medidas afirmativas orientadas a salvaguardar sus derechos fundamentales.

Estas medidas no deben entenderse como prerrogativas discrecionales, sino como obligaciones jurídicas y éticas derivadas del principio de dignidad humana, el mínimo vital, la igualdad material y el deber del Estado de garantizar una inclusión laboral efectiva. De lo contrario, cualquier decisión de terminación del vínculo podría configurar una discriminación indirecta y una afectación desproporcionada de los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social, especialmente si no se demuestra que la entidad agotó todas las vías posibles para mantener o reubicar al servidor en condiciones adecuadas.

#### **4. Sobre la Estabilidad Laboral Relativa de los empleados vinculados en Provisionalidad**

La Corte Constitucional ha indicado que los empleados vinculados en provisionalidad gozan de estabilidad relativa o intermedia<sup>1</sup>, en razón a la naturaleza del cargo y el tipo de funciones que desempeñan, de tal suerte que no pueden asimilarse, para efectos de su retiro del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, con la condición de que cumplan los requisitos exigidos para el cargo. Considera que pueden ser desvinculados cuando la administración convoque el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza.

La jurisprudencia constitucional señala que los empleados provisionales gozan de una estabilidad intermedia, pues no tienen la misma estabilidad que ostenta el servidor inscrito en carrera, pero tampoco pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia, por lo que la falta de motivación es causal de nulidad del acto.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T 096 de 2018 M.P LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, señaló:

*"En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, **su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.** (...)*

*(...) Recuérdese que la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce sus derechos fundamentales, **pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e***

<sup>1</sup> Corte Constitucional. (17 de agosto de 2010). M.P. Gabriel Eduardo Martelo Mendoza. Sentencia T-638 de 2010.

**integraron la lista de elegibles.**" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

El mismo tribunal constitucional, en pronunciamiento del 8 de octubre de 2019, reiteró que la estabilidad laboral relativa que le asiste a algunos servidores en provisionalidad no puede considerarse de manera indefinida, así:

*"Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, **en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos.** Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, **pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.**" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De tal manera que, la estabilidad laboral reforzada es una garantía constitucional a favor de sujetos considerados en situación de vulneración. Dentro de este grupo se encuentran las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas o en licencia de maternidad, padre o madre cabeza de familia y los prepensionados. El fundamento de la protección está consagrado en el principio de igualdad y el derecho a la estabilidad en el empleo de aquellos que tengan una condición de fragilidad<sup>2</sup>. En efecto, se crea un límite para el empleador para poder desvincular a los trabajadores que cumplan estas condiciones<sup>3</sup>.

La Corte Constitucional define cuáles son las características de la estabilidad laboral reforzada para que un despido no sea declarado ineficaz<sup>4</sup>:

- i) El trabajador tiene derecho a conservar su empleo;
- ii) El servidor no puede ser despedido en razón a su estado de vulnerabilidad;
- iii) Se crean las condiciones para permanecer en el cargo siempre que no se configure una causal objetiva de desvinculación y,

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia. (9 de marzo de 2022). M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Sentencia SU-087 de 2022.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia. (31 de julio de 2020). M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-277 de 2020.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia. (21 de junio de 2016). M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia T-320 de 2016.

iv) Solo procede el despido previa autorización de una autoridad competente.

Se han establecido límites a la discrecionalidad que tiene la administración al desvincular un servidor público prepensionado<sup>5</sup>. La primera consiste en que el elegible debió haber cumplido con todas las reglas del concurso de méritos para ser nombrado en el cargo. La segunda, cumplir con el principio de publicidad del acto administrativo y aplicar una ponderación de los derechos y los principios de la carrera administrativa<sup>6</sup>.

En este sentido, la estabilidad laboral relativa busca que el servidor público vinculado en provisionalidad tenga la protección de sus derechos al mínimo vital, seguridad social, igualdad y dignidad humana, al carecer de otro ingreso que garantice su subsistencia<sup>7</sup>.

#### **4.1. Protección para los prepensionados nombrados en provisionalidad**

En el caso de los prepensionados, la jurisprudencia constitucional genera la obligación del trato preferencial que debe cumplir el nominador en la medida de las posibilidades<sup>8</sup>. En todo caso, son las entidades las que definen los procedimientos o medidas que deben adelantarse para la protección del prepensionado, atendiendo la autonomía de la administración y el respeto de los derechos fundamentales.

La sentencia SU-003 de 2018 de la Corte Constitucional ha sido la base para la protección del prepensionado, con respecto al tema que se trata en el presente documento, el alto tribunal estableció una subregla para considerar en qué momento un servidor público se entiende que cuenta con esta situación especial, *esto es, cuando la edad es el único requisito faltante para obtener la mesada pensional, no es posible considerar que el ciudadano es beneficiario del fuero de prepensionado.*

En efecto, la Corte consideró que este requisito puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. Además, indicó que cuando se cumple con el mínimo de semanas cotizadas, la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al sistema de seguridad social en pensiones<sup>9</sup>. Igualmente, porque no se frustra el acceso a la prestación, ya

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia. (26 de mayo de 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia SU-250 de 1998.

<sup>6</sup> Sentencia T-096 de 2018

<sup>7</sup> T-638 de 2016

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-464 de 2019.

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-972 de 2014.

que solamente tendrá que esperar a que pase el tiempo para cumplir con la edad de pensión.

Más adelante, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-055 de 2020 en la que señaló que la protección constitucional de los prepensionados no puede traducirse en una permanencia indefinida en el empleo. Para esa corporación, el juez debe estudiar la naturaleza del vínculo con la entidad y el contexto de la terminación contractual. De esa manera consolidó los criterios para que una persona que está próxima a pensionarse goce de la estabilidad laboral en el régimen de prima media con prestación definida. Como se evidencia en la siguiente figura:

Contexto de la persona	Condición de prepensionado
a) Está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas.	Si
b) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas mínimas requeridas.	No
c) Está a tres años o menos de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.	Si
d) Está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de cumplir las semanas.	No

Como se observa, son dos eventos en los cuales se puede considerar que la persona tiene la condición de prepensionado.

El primero, cuando se está a tres años o menos de cumplir la edad y las semanas cotizadas. El segundo, cuando se está a tres años o menos de completar las semanas, pero se cuenta con la edad. En dichas circunstancias, se frustraría el derecho a acceder a la pensión de vejez, dado que el despido impide al ciudadano continuar con las cotizaciones mínimas requeridas para obtener la prestación económica.

Por el contrario, no se es beneficiario de tal condición, en dos escenarios: cuando se está a tres años o menos de cumplir la edad, pero se cuenta con las semanas mínimas requeridas, y cuando se está a tres años o menos de cumplir la edad, pero a más de tres años de completar las semanas. Todo lo anterior opera ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

El alcance de la protección referida difiere para los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el que el reconocimiento de la pensión está sujeto al ahorro de un capital determinado, según los términos suscritos entre el trabajador y

la administradora de fondo de pensiones. Allí, tendrá la condición de prepensionado quien acredite consolidar en los tres años siguientes el capital acumulado que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo (C. Const., Sent. T-055, 2020). Además, quien esté a tres años o menos de completar las semanas para ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima.

En síntesis, de acuerdo con la Corte Constitucional, el fuero hacia esta población solo aplica cuando sea necesario mantener el vínculo laboral del trabajador, para que pueda completar las semanas o el capital necesario en los dos regímenes de cotización (C. Const., Sent. T-385, 2020). Por consiguiente, si el servidor público acredita que le faltan tres o menos años de cotización y ve amenazada o frustrada la expectativa legítima de acceder a su pensión de jubilación, puede hacer uso de la acción de tutela.

Ahora bien, si la entidad no acredita haber realizado ninguna acción afirmativa para proteger el prepensionado, operará la protección constitucional, incluso, mediante la acción de tutela<sup>10</sup>. En el entendido que el accionante cumpla los requisitos de sujeto de especial protección, ya que si solo falta la edad no hay amparo de derechos<sup>11</sup>.

En síntesis, las medidas afirmativas para la protección de los prepensionados se resumen en que la Entidad Publica 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).
- ✓ 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 efectuado<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A" Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)  
Magistrado ponente: DR. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ Proceso No: 11001334204620220011001 Accionante: CARLOS ALBERTO PINILLA VÁSQUEZ Accionado: SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD – COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Vinculado: POMPILO YESID FONSECA COLMENARES

<sup>11</sup> 11001-33-35-023-2022-00335-01 y 11001-33-36-033-2022-00029 01

<sup>12</sup> Parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

#### **4.2. Protección para las mujeres en estado de embarazo o en licencia de maternidad**

La protección de las mujeres en el ámbito laboral tiene como finalidad desincentivar actos discriminatorios por razones de sexo y/o género, con base en lo estipulado en el artículo 43 de la Constitución Política de 1991. Entre algunas 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 maternidad<sup>13</sup>.

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. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unas reglas para la notificación al nominador sobre el estado de gravidez<sup>14</sup>:

- ✓ 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.

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 recomendaciones<sup>15</sup>.

- ✓ 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

<sup>13</sup> El Ministerio de Trabajo, en Concepto 2023120300000068155 de 13 de diciembre de 2023 dijo lo siguiente: *En conclusión, con la entrada en vigencia de la Ley 2306 de 2023, se tiene que el despido posterior a las dieciocho (18) semanas 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 53.384 y Rad 17193 del 10 de julio de 2002. SCL).*

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-070 de 2013.

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.

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<sup>16</sup>.

#### **4.3. Protección para las personas en situación de enfermedad catastrófica o discapacidad**

La discapacidad dentro del marco jurídico Colombiano tiene dos (2) 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 condiciones<sup>17</sup>

Por vía jurisprudencial, se ha identificado dos (2) situaciones que constituyen actos discriminatorios en contra de esta población<sup>18</sup>:

**"La primera** consistente en "la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación alguna", es decir, los actos discriminatorios como consecuencia del desconocimiento del inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; **y la segunda**, "toda omisión injustificada del Estado de ofrecer un trato especial", en relación con las "(...) obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y, por tanto,

<sup>16</sup> Concepto 124801 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-352 de 2022

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 2023

*constituye una discriminación”, lo que se traduce en la vulneración de los incisos 2° y 3° del citado precepto constitucional”.*

Por lo anterior, mediante la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos existe un mandato claro e irrestricto de exigir actuaciones concretas y explícitas dirigidas a revertir los prejuicios culturales y las estructuras sociales en las que se sostiene la discriminación contra las PSD, lo que incluye la adopción de normas que directamente corrijan dicha situación, como la incorporación de acciones afirmativas y/o de ajustes razonables que permitan eliminar la sutil y silenciosa marginación a la que esta población se ha visto sometida.

Para que un servidor se pueda acreditar como sujeto de especial protección constitucional por una *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad* tal y como lo prevé el parágrafo 2° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

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.

Al respecto, conforme lo establecido en la Resolución No. 3974 de 2009 del Ministerio de Protección Social dentro del listado de enfermedades catastróficas-alto costo, se contempla:

*"Artículo 1°. Enfermedades de Alto Costo. Para los efectos del artículo 1° del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:*

- a) *Cáncer de cérvix*
- b) *Cáncer de Mama*
- c) *Cáncer de estomago*
- d) *Cáncer de colon y recto*
- e) *Cáncer de próstata*
- f) *Leucemia linfoide aguda*
- g) *Leucemia mieloide aguda*
- h) *Linfoma hodgkin*
- i) *Linfoma no hodgkin*
- j) *Epilepsia*
- k) *Artritis reumatoidea*

*l) Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)."*

Ahora bien, respecto de *las personas que se encuentran en situación de discapacidad*, la Ley 361 de 1997, buscó implementar mecanismos de integración social para individuos en situación de discapacidad, para lo cual señaló en su artículo 5º que las personas con limitaciones o discapacidades deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliación al sistema de seguridad en salud, así:

*"Artículo 5º.- **Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud**, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva **limitación** en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.*

***Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.***

*El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud realizará las modificaciones necesarias al formulario de afiliación y al carné de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el objeto de incorporar las modificaciones aquí señaladas.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con **limitación** establezca el "Comité Consultivo Nacional de las Personas con **Limitación**" a que se refiere el artículo siguiente". (Subrayado nuestro)*

A su vez, el Decreto 2463 de 2001, desarrollando la norma antes citada, dispuso que las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, literalmente:

*"Artículo 7 Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad 26 laboral; limitación*

*severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%”.*

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-1040 de 2001, señaló:

*“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales **esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.**”*  
(Subrayado fuera del original)

Tal y como se manifestó en apartados anteriores para que acreditar la condición de discapacidad y de enfermedad catastrófica-alto costo, debe estar condicionada respectivamente por lo exigido en la ley 361 de 1997, la Resolución 583 del 26 de febrero del Ministerio de Salud y la Resolución 3474 de 2009 del Ministerio de la Protección Social.

Valga aclarar que a pesar de la protección legal y constitucional con este tipo de servidores, se debe tener en cuenta el deber de autogestión que se le impone a los sujetos de especial protección constitucional que se traduce en la carga de tomar decisiones y gestionar sus actividades con el fin de lograr la protección efectiva de sus derechos, sin depender exclusivamente de una autoridad externa.

Esto, con el fin de efectuar medidas del restablecimiento del derecho, traemos a colación lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 106 de 2015:

*“La Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha explicado que existen unos sectores de la población que por sus condiciones particulares tienen el derecho a recibir un mayor grado de protección por parte del Estado. Estos sectores de la población son conocidos como sujetos de especial protección constitucional. Se trata de aquellas personas que por sus situaciones particulares se encuentran en un estado de debilidad manifiesta. Así, la Corte ha entendido que la categoría de “sujeto de especial protección constitucional”, en concordancia con el artículo [13](#) de la Constitución, es una institución jurídica cuyo propósito fundamental es el de reducir los efectos nocivos de la desigualdad material que hay en el país[36]. Consecuentemente, esta Corporación ha considerado que los menores de edad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores, las personas con disminuciones físicas y psíquicas y las personas en situación de*

*desplazamiento, entre otros, deben ser acreedoras de esa protección reforzada por parte del Estado.*

*Todo lo anterior debe ser entendido como una acción positiva en favor de quienes, por razones particulares, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Es decir, que se requiere de una intervención activa por parte del Estado para que estas personas puedan superar esa posición de debilidad y disfrutar de sus derechos de la misma manera que otros ciudadanos. **No obstante, la condición de sujeto de especial protección constitucional no excluye ni elimina el deber de autogestión que tienen todos los individuos para hacer valer sus derechos.**” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De tal manera que este tipo de servidores debe velar por su deber de protección mediante el uso de las herramientas que les asiste por cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, solicitar y acudir a los servicios médicos especializados, cumplir con las órdenes para rehabilitación, y si es el caso, requerida la calificación de la pérdida de capacidad laboral con la respectiva junta de calificación de invalidez.

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 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 laborales<sup>19</sup>.

En consecuencia, en esa medida, antes de la desvinculación un(a) servidor(a) en provisionalidad, que goce de especial protección constitucional, la Entidad Pública 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 laboral<sup>20</sup>.
- ✓ 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.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia T-320 de 2016.

<sup>20</sup> Ídem.

- ✓ 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 empleador<sup>21</sup>.
- ✓ Ser de las últimas personas desvinculadas, por tener una situación de especial de protección constitucional.

En conclusión, antes de proceder con la desvinculación de un(a) servidor(a) en provisionalidad que goce de especial protección constitucional, la Entidad Pública tiene la obligación de actuar con especial diligencia y respeto por los derechos fundamentales, verificando integralmente la situación de discapacidad o enfermedad catastrófica, evaluando alternativas de reubicación laboral, garantizando la continuidad en el acceso a la seguridad social y priorizando su permanencia dentro de la planta de personal, en cumplimiento de los principios de igualdad, dignidad humana y protección reforzada establecidos en la Constitución.

#### **4.4. Protección para las madres o padres cabeza de familia**

Una mujer cabeza de familia es quien, siendo soltera o casada, 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 trabajar. La protección está basada en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política, que tiene como fundamento salvaguardar el núcleo familiar, como espacio en donde se garantizan los derechos fundamentales.

Esta protección es extendida a los padres cabeza de familia que estén en situación de vulnerabilidad, que puede ser demostrable a través de las siguientes situaciones:

- ✓ 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.
- ✓ 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

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T-373 de 2017 y T-096 de 2018.

el hogar.

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 familiar<sup>22</sup>.

Por lo tanto, y 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 concreto<sup>23</sup>.
- ✓ 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.

En conclusión, la protección especial consagrada por la Constitución para madres y padres cabeza de familia en situación de vulnerabilidad no opera de manera automática, sino que requiere la verificación previa de los presupuestos fácticos que sustentan dicha condición. Una vez comprobadas estas circunstancias, las entidades públicas están obligadas a adoptar medidas afirmativas antes de proceder con una eventual desvinculación, incluso en el marco de nombramientos provisionales, garantizando así la salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador y la estabilidad de su núcleo familiar.

#### **4.5. Protección para los servidores que gocen de fuero sindical**

En el caso de los servidores en provisionalidad, el fuero sindical les brinda una protección adicional a su estabilidad laboral, la cual es relativa. Esto significa que, aunque pueden ser retirados del servicio por razones objetivas o para proveer el

<sup>22</sup> Párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1211 de 2008.

cargo con un ganador de un concurso de méritos, el procedimiento para ello debe cumplir con las garantías de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales.

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. El fundamento constitucional de esta protección radica en el artículo 39 ya que todo trabajador tiene derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado y su reconocimiento opera con la simple inscripción del acta de constitución de la organización sindical.

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:

- ✓ Cuando no superen el período de prueba. Defensa Jurídica del Estado
- ✓ Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el(a) empleado(a) que lo ocupa no participe en él<sup>24</sup>.
- ✓ Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

De tal manera que, cuando una persona que ocupa un cargo en nombramiento provisional presenta una solicitud de estabilidad laboral reforzada, la entidad deberá

- ✓ Manifestar a la persona que no es procedente el amparo constitucional solicitado de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional<sup>25</sup>.
- ✓ 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 méritos<sup>26</sup>.

En esta última causal, el servidor puede ser retirado del servicio por parte de la Administración mediante resolución, que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias, sino en cumplimiento del proceso de selección para el ingreso a la función pública.

<sup>24</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto 042491 del 04 de febrero de 2020.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1119 de 2005.

<sup>26</sup> Artículo 24 del Decreto 760 de 2005.

## **5. Sobre la causal objetiva por concurso de méritos para la terminación del nombramiento provisional**

Como se mencionó, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia que los empleos en las Entidades del Estado son de carrera, salvo algunas excepciones y que el ingreso a estos cargos, así como el ascenso en los mismos se efectuará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En el mismo sentido, el Decreto No. 1083 de 2015 modificado por el Decreto No. 648 de 2017 establece:

**"ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas.** *Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

**Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito,** de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Igualmente, la Ley 909 de 2004 dispone:

**"ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** *El proceso de selección comprende:*

1. Convocatoria. *La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (...)*

4. **Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados,** que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Ahora respecto de la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015 modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017 contempla en su 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."** Al respecto, la Corte Constitucional señala cuáles son los justos motivos para dar por terminado este tipo de nombramientos:

*"... Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. **Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.**" (Sent. C- 279-07 M.P: Manuel José Cepeda Espinoza. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Reitera la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio sobre el tema de retiro de los provisionales, refiere:

*"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, **al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.***

*"(...)"*

*Estos movimientos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o*

*derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. "(...)"*

*"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**". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

También el Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2016 radicado 73-001-23-33-000-2013-00149-01, señaló:

*"Respecto a la discrecionalidad de la cual gozaba la Fiscalía General de la Nación para definir en el marco de la planta global, los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles y, la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres, padres cabeza de familia y, los pre-pensionados, la Corte Constitucional indicó que la única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era **reemplazarlos por una persona que hubiera ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas**.*

***Señaló que en este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno, al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por alguien que ganó el concurso, porque la estabilidad relativa que se la ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos**". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De los anteriores acápite normativos concluimos, el nombramiento provisional es un método de provisión con carácter transitorio, en el entendido, que los servidores públicos que desempeñan un empleo en esta modalidad no adquieren derechos de carrera administrativa y su permanencia está sujeta a una causal objetiva del retiro del servicio, que en palabras de la H. Corte Constitucional y Consejo de Estado puede tratarse del nombramiento en período de prueba como resultado de un

concurso de méritos. En otras palabras, la terminación de un nombramiento provisional con ocasión de un nombramiento en período de prueba se trata de una "condición resolutoria" del nombramiento provisional.

## **6. Sobre las acciones afirmativas para desvincular a servidores provisionales con estabilidad laboral relativa**

El Artículo 1º del Decreto 648 de 2017 el cual modificó el Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 del 2015, establece las condiciones para garantizar la protección de los servidores nombrados en provisionalidad dentro de los procesos de provisión de empleos de carrera, sólo en caso en que el número de elegibles sea menor al de los empleos por proveer:

*"ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. (...)*

*PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical."*

Como se explicó líneas atrás, la Corte ha mencionado que el servidor público en provisionalidad no podrá mantenerse indefinidamente en el cargo pero tampoco puede haber una equivalencia con un empleado de libre nombramiento y remoción con relación a su retiro<sup>27</sup>. Por lo tanto, la entidad nominadora deberá adoptar un trato preferencial y tomar medidas afirmativas para que las personas con estabilidad laboral relativa (personas con discapacidad, las mujeres embarazadas o en licencia de maternidad, padre o madre cabeza de familia y los prepensionados)

<sup>27</sup> Sentencia T-096 de 2018

sean los últimos en ser desprovistos del cargo, o nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos.

De tal manera que solo procede el retiro del servicio de quienes tienen vinculación con el estado mediante nombramiento provisional. En efecto, la Corte Constitucional mediante sentencia T 096 de 2018 M.P LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, señaló:

*"En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, **su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.** (...)*

*(...) Recuérdese que la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce sus derechos fundamentales, **pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles.**" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Bajo la anterior premisa, el párrafo tercero del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto No. 1083 de 2015 modificado por el Decreto No. 648 de 2017 y Decreto No. 948 de 2020 determinó que cuando el número de elegibles sea el mismo o superior al número de cargos ofertados, las medidas afirmativas son las descritas en el párrafo tercero del mismo artículo, el cual dispone:

**"PARÁGRAFO 2.** *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

*1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*

2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

3. *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

*PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que **en lo posible** los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior 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.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Así las cosas, una vez se compruebe que el número de plazas es igual o menor que el de elegibles, se deberán adelantar por parte de la entidad gestiones para que, **de ser posible**, los servidores amparados con alguna condición especial de las descritas en el párrafo segundo, ya citado, sean reubicados conforme al margen de maniobra que exista para la época de la desvinculación del provisional en condición de especial protección constitucional. Ahora, la Corte Constitucional ha precisado que al momento del retiro del servicio de personal que manifiesta contar con una condición de protección especial, se debe considerar la existencia del margen de maniobra de la entidad pública:

*“(iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “retén social”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente[135]”.* (sentencia T-084 de 2018).

En este sentido, concurren 3 elementos que debe verificar la administración a efectos de analizar la procedencia de las peticiones relacionadas con la estabilidad laboral:

1. Que la Administración cuente con un margen de maniobra para la protección de una de las condiciones previstas en el Artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

2. Que el servidor acredite una de las condiciones de debilidad manifiesta previstas en el Decreto 1083 de 2015, con los alcances indicados por la jurisprudencia constitucional.
3. Que existan acciones afirmativas en favor de quien demuestre ostentar dicha condición, con el propósito de dar garantía de su derecho.

Como se mencionó en líneas anteriores, 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.

Se agrega que 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 2015 (Sentencia T 096 de 2018 de la Corte Constitucional).

## **7. Recomendaciones generales para realizar el acto administrativo de desvinculación del servidor público en provisionalidad**

Las autoridades en el marco de la expedición de actos administrativos de desvinculación deben verificar las normas del empleo público y de la carrera administrativa<sup>28</sup> para cumplir con los requisitos y formalidades establecidos en el CPACA.

En efecto, los requisitos mínimos que debe tener un acto administrativo de estas calidades son:

1. Utilizar un lenguaje formal, directo, claro y comprensible en la redacción del acto administrativo y evitar las contradicciones.
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).
3. Constatar que el cargo ocupado en provisionalidad haya sido efectivamente incluido en la convocatoria realizada para proveer el cargo mediante el

<sup>28</sup> Ley 909 de 2004, Ley 1437 de 2011, CPACA y Decreto 1083 de 2015.

respectivo concurso de méritos<sup>29</sup>.

4. Verificar que la persona nombrada en periodo de prueba tome posesión del cargo que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del servidor en provisionalidad.
5. Identificar de manera clara al destinatario del acto administrativo, teniendo en cuenta que varios servidores/as pueden ocupar un cargo con la misma denominación.
6. 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 jurisprudencia.
7. 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.
8. Consultar los precedentes jurisprudenciales que se relacionen con la protección sujetos de especial protección constitucional para salvaguardar y proteger los derechos de estos servidores.
9. Revisar las normas aplicables en materia de comunicación y notificación en el marco de las actuaciones administrativas<sup>30</sup>.

## **8. Conclusiones**

La desvinculación de servidores(as) públicos(as) en provisionalidad requiere un tratamiento jurídico riguroso y respetuoso de los principios constitucionales que rigen el acceso, permanencia y retiro del empleo público. Si bien los nombramientos provisionales no otorgan estabilidad plena, sí generan una expectativa legítima de permanencia que debe ser protegida mediante el cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso, la motivación de los actos administrativos y el respeto por los derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de personas con protección constitucional reforzada.

En este contexto, la Entidad tiene la obligación de adoptar medidas que aseguren la legalidad y legitimidad de las decisiones de desvinculación, evitando actuaciones arbitrarias y garantizando la prevalencia del mérito sin desconocer el trato preferente que corresponde a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad.

<sup>29</sup> 3 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de octubre 2017, radicado 68001-23-31-000-201100103-01.

<sup>30</sup> Se recomienda seguir las pautas del "*Lineamiento sobre buenas prácticas en las comunicaciones y notificaciones de las actuaciones administrativas*". Elaborado por parte de la ANDJE de fecha 13 de julio de 2021.

A continuación, se presentan una serie de recomendaciones orientadas a guiar la actuación de la Entidad en los procesos de retiro de servidores(as) provisionales, de forma que se garantice el cumplimiento de los deberes constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables en la materia:

*1. Verificar condiciones de protección especial antes de nombrar desde lista de elegibles:*

Antes de proceder con el nombramiento de personas provenientes de listas de elegibles tras concurso de méritos, las entidades deben identificar rigurosamente los cargos ocupados por servidores(as) amparados por protección constitucional reforzada, y aplicar las acciones afirmativas correspondientes, conforme a los criterios jurisprudenciales sobre trato preferente.

*2. Respetar el orden de protección en caso de retiro forzoso:*

En situaciones donde el número de cargos disponibles sea inferior al de personas protegidas o elegibles, debe garantizarse la permanencia, en el siguiente orden de prioridad:

- i) Personas con discapacidad o enfermedades graves,
- ii) Madres o padres cabeza de familia,
- iii) Personas en condición de prepensión.

*3. Procurar la reubicación antes del retiro:*

Cuando no sea posible garantizar la permanencia en el cargo actual, se deberá propender por la reubicación de quienes cuenten con protección especial, respetando el orden de prioridad previamente señalado.

*4. Retirar únicamente por causales objetivas y legales:*

El retiro del servicio de un(a) servidor(a) en provisionalidad solo puede fundarse en causales objetivas previstas en la Constitución y la ley, tales como:

- a) La provisión del cargo mediante concurso de méritos,
- b) Una necesidad del servicio debidamente justificada,
- c) Calificación no satisfactoria del desempeño,
- d) Imposición de sanción disciplinaria.

*5. Motivar obligatoriamente el acto de desvinculación:*

Todo acto administrativo que disponga la desvinculación de un servidor(a) provisional debe estar debidamente motivado, expresando con claridad la justa causa que lo fundamenta, en cumplimiento del principio de legalidad y del respeto al debido proceso.

*6. Garantizar el equilibrio entre derechos de provisionales y elegibles:*

La protección especial a quienes ocupan cargos en provisionalidad debe evaluarse de forma ponderada, garantizando también los derechos de quienes han superado los concursos de méritos y asegurando que estos prevalezcan cuando corresponda.

*7. Evitar la desvinculación arbitraria y sin motivación:*

La desvinculación de un servidor(a) provisional sin motivación vulnera principios como el mérito, la igualdad en el acceso al empleo público, el debido proceso y la estabilidad laboral relativa. Tal actuación podría derivar en la nulidad del acto administrativo por falta de justificación legal.

Este lineamiento proporciona un marco de referencia integral en casos de desvinculación de servidores nombrados en provisionalidad; esperamos sea de utilidad y claridad en el marco de sus funciones.

Cordialmente,



**JAIME RICARDO SAAVEDRA PATARROYO**  
**Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)**

~~Revisó: Joan Steven Castaneda Cuellar - Contratista Líder GRJ - Oficina Asesora Jurídica~~

~~Proyectó: Joan Sebastián Marín Montenegro - Contratista Abogado Oficina Asesora Jurídica~~