

2024



# RECOMENDACIONES

PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO  
ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA  
INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO EN  
PROVISIONALIDAD

***Circular Externa No. 05 de 2024***



Defensa Jurídica  
del Estado

# SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Para la desvinculación de sujetos de especial protección constitucional, las entidades deben desplegar todas las medidas afirmativas para la garantía de sus derechos.

Son sujetos de especial protección constitucional los siguientes:

- Mujeres en estado de embarazo y lactancia.
- Madres o Padres cabeza de familia sin alternativa económica.
- Las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.
- Los empleados públicos que les falten tres o menos años para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.
- Los empleados públicos que gocen de fuero sindical.

# RECOMENDACIONES

## 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 administrativa. Ante lo cual las autoridades tienen la responsabilidad primordial de:

- Utilizar un lenguaje formal, directo, claro y comprensible en la redacción del acto administrativo y evitar las contradicciones.
- Explicar de manera clara, detallada y precisa cual es la razón 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 méritos.
- 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.

- ☑ 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/las 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.
- ☑ Consultar los precedentes jurisprudenciales que se relacionen con la protección de los/las servidores/as públicos/as en provisionalidad.
- ☑ Revisar las normas aplicables en materia de comunicación y notificación en el marco de las actuaciones administrativas.



# BIBLIOTECA DE DEFENSA JURÍDICA

La Biblioteca Digital es la herramienta de gestión de conocimiento que tiene como objetivo facilitar el acceso en línea, abierto, libre y gratuito a la información y el conocimiento que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado genere, obtenga, adquiera, o controle en el ejercicio de sus funciones, salvo aquella que se encuentre reservada o limitada por disposición constitucional o legal, así como contenido relevante generado por otras entidades, instituciones públicas o académicas en materias relacionadas con la defensa y la responsabilidad del Estado.

Lo invitamos a consultar los lineamientos, estudios y demás documentos que ha producido la Agencia para fortalecer las dimensiones del Ciclo de Defensa Jurídica del Estado,



Puede ingresar a la Biblioteca Digital haciendo clic [aquí](#)



**Defensa Jurídica  
del Estado**



CIRCULAR EXTERNA No. 5

**Para:** Entidades públicas del orden nacional y territorial

**De:** **PAULA ROBLEDO SILVA**  
Directora (E)  
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-

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

Bogotá, D.C, 29 de febrero del 2024

---

En desarrollo de la Ley 1444 de 2011 y del Decreto-Ley 4085 de ese mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico. Bajo este marco normativo, a la ANDJE le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada prevención y defensa de los intereses de la Nación<sup>1</sup>.

Por su parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2023 "Colombia potencia mundial de vida" creó el Sistema el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como un 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, independientemente de su naturaleza y régimen jurídico. Además, designó como coordinador del Sistema a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

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, de ahí la importancia de este lineamiento. De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Nacional 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 oficiales y los demás que determine la ley.

Para proveer los cargos de carrera administrativa se deben adelantar concursos de mérito, los cuales pueden conducir a la desvinculación de empleados/as provisionales que, en muchos casos, pueden gozar de especial protección constitucional. Dicha situación representa un desafío en términos de estabilidad laboral al momento de desvincular a los/las funcionarios/as amparados/as bajo alguna forma de protección constitucional o legal, lo que requiere un equilibrio entre el principio del mérito y la

---

<sup>1</sup> Ordinal 1º, artículo 6º del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1º del Decreto 2269 de 2019.

protección y reconocimiento de los derechos de aquellos servidores que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad.

Adicionalmente, la ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de servidor público en provisionalidad se encuentra entre una de las causas de litigio contra las entidades nacionales. En efecto, a partir de la información del Sistema Único Gestión e Información Litigiosa del Estado (eKOGUI)<sup>2</sup>, se registran un total de 938 procesos activos en contra de las entidades públicas del orden nacional por la causa *"ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario en provisionalidad"*.

En dichos procesos se evidencia que las entidades del orden nacional, principalmente, demandadas son: i) la Comisión Nacional del Servicio Civil con 179 procesos (18%), ii) la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (DEAJ) con 150 procesos (15%), iii) la Registraduría General de la Nación con 104 procesos (11%), y iv) la Procuraduría General de la Nación con 88 procesos (9%).

Las demandas contra estas entidades se presentaron, principalmente, por la necesidad de motivar los actos administrativos de desvinculación<sup>3</sup>, así como por no tener en cuenta los derechos de los empleados provisionales que son sujetos de especial protección constitucional<sup>4</sup>.

Después de analizar la jurisprudencia reciente, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la Agencia pudo establecer la evolución jurisprudencial sobre ciertos parámetros que las entidades públicas deben cumplir al momento de realizar el proceso de desvinculación de los/las servidores/as públicos/as en provisionalidad, con el propósito de proteger y garantizar sus derechos.

El presente lineamiento es, entonces, una herramienta para orientar a las entidades acerca de las obligaciones y acciones que deben adelantar, con el fin de mitigar los eventuales errores en las actuaciones relacionadas con la indebida desvinculación de servidores/as públicos/as sujetos/as de protección constitucional.

El documento consta de tres partes: i) la primera que contiene consideraciones generales sobre la vinculación de los/las servidores/as públicos/as; ii) la segunda, en donde se desarrolla la normatividad y reglas aplicables para la adecuada desvinculación de servidores/as públicos/as nombrados/as en provisionalidad y, en particular, de sujetos de especial protección constitucional; III) la tercera se señalan recomendaciones para la expedición del acto administrativo de desvinculación de servidores/as públicos/as nombrados/as en provisionalidad.

---

<sup>2</sup> Reporte Ekogui, con corte al 30 de septiembre de 2023.

<sup>3</sup> Parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>4</sup> Artículo 2.2.12.1.2.2 del Decreto 1083 de 2015 modificado por artículo 1 del Decreto 1415 de 2021



## I. Consideraciones generales sobre la vinculación de los/las servidores/as públicos/as

- 1) Los/las servidores/as públicos 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"<sup>5</sup>.
- 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 empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios<sup>6</sup>. Para entender estos conceptos es necesario acudir a la legislación pre-constitucional, pues la definición de las categorías empleado público y trabajador oficial se halla en el artículo 5° del Decreto – Ley 3135 de 1968.
- 3) Todos ellos 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 reglamento<sup>7</sup>.
- 4) Existen dos formas de vinculación laboral al servicio público: la legal y reglamentaria, para empleados públicos, y la contractual, para los trabajadores oficiales<sup>8</sup>.
- 5) El régimen de administración de personal de los empleados públicos se encuentra regulado principalmente por la Ley 909 de 2004, la Ley 1960 de 2019 y por el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2018, expediente 2014-01511 (4912-14).

<sup>6</sup> Sobre el particular ha señalado el Consejo de Estado: "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.)" Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2021, expediente 2019-00374.

<sup>7</sup> Artículo 123 de la C.N. Así mismo, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 855 del 08 de julio de 1996.

<sup>8</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado sobre el particular: "...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" Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2018, expediente 2014-01511 (4912-14).

<sup>9</sup> 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 colombiano 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 Comisión Nacional del Servicio Civil. 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 si corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Es el caso de la DIAN, la aeronáutica civil, las superintendencias, el INPEC, etc.

- 6) Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, cuyo ingreso se hará mediante concurso público<sup>10</sup>. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción<sup>11</sup>, los trabajadores oficiales<sup>12</sup> y los demás que determine la ley.
- 7) La provisionalidad, de acuerdo con lo establecido en el Decreto – Ley 2400 de 1968<sup>13</sup>, 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; en el segundo, al no tener titular, resulta obligatorio que el empleo se oferte para que el mismo sea provisto mediante concurso de méritos.
- 8) Teniendo en cuenta la clasificación señalada, y 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, abordaremos las circunstancias que rodean el proceso de vinculación y de desvinculación de los/las servidores/as públicos/as en cargos de carrera administrativa exclusivamente.
- 9) Ahora, en relación con el ingreso o nombramiento en un empleo de carrera administrativa, se ha establecido constitucionalmente que estos cargos se han provistos a través de concursos públicos de méritos, en los cuales se garanticen los principios de la función pública en su escogencia<sup>14</sup>.
- 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 sentencia que ordene el reintegro de funcionario 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 de carrera administrativa que demuestren la condición de 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;

<sup>10</sup> Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>11</sup> De conformidad con el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los empleos públicos de libre nombramiento y remisión son aquellos empleos cuya provisión corresponde a la entidad nominadora de conformidad con los criterios señalados en la norma.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> El artículo 5° del Decreto – Ley 2400 de 1968 dispone: “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.”

<sup>14</sup> 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.

- 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 el numeral anterior 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 para la provisión de los empleos de carrera una prevalencia del encargo sobre la provisionalidad<sup>15</sup>. Bajo este entendido, resulta fundamental que las entidades públicas dejen trazabilidad de que o bien no existen empleados públicos de carrera que reúnan los requisitos del empleo o que no existe interés de quienes si los cumplen en ocupar el cargo para poder nombrar en provisionalidad y, por ende, salvaguardar la legalidad del acto administrativo.<sup>16</sup>
- 12) De conformidad con lo señalado por 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 mérito, debido a la ausencia de lista de elegibles producto de un concurso de méritos y de servidores de carrera administrativo que puedan ser encargos.
- 13) Los/las servidores/as públicos/as vinculados en carrera administrativa gozan del derecho al principio de estabilidad<sup>17</sup>, el 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, los/las servidores/as públicos/as nombrados en carrera administrativa solo podrán ser retirados/as del servicio por las causales señalados en la Constitución y la ley<sup>18</sup>.
- 14) Por su parte, los/las servidores/as públicos/as nombrados/as 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 ley<sup>19</sup>. Lo anterior se traduce en la necesidad de motivación del acto administrativo de desvinculación, pues no hacerlo genera un vicio de nulidad no sólo porque la jurisprudencia constitucional ya de tiempo atrás

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Artículo 2.2.5.3.3 del Decreto 1083 de 2015. Provisión de las vacancias temporales

<sup>17</sup> Artículo 27 de la Ley 909 de 2004

<sup>18</sup> Artículo 41 de la Ley 909 de 2004

<sup>19</sup> 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.

decantó<sup>20</sup> que esta clase de actuaciones vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y al correcto acceso a la administración de justicia, sino porque cualquier discusión se zanjó con la expedición del Decreto 1227 de 2005 (compilado en el Decreto 1083 de 2015), al señalar como obligatorio para la autoridad nominadora hacer explícitas las razones de la ruptura de la relación laboral.<sup>21</sup>

- 15) De igual manera, para los provisionales que se consideran sujetos de especial protección constitucional se ha establecido en el ordenamiento jurídico 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 administrativa.<sup>22</sup>

## **II. Normatividad y jurisprudencia aplicable para la adecuada desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad y, en particular, de sujetos de especial protección constitucional.**

- 1) La desvinculación de los/las servidores/as públicos/as que desempeñan empleos de carrera en calidad de provisionalidad debe ser ejecutada mediante un acto administrativo debidamente fundamentado<sup>23</sup>. 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/las servidores/as en condición provisional como resultado de la evolución de la jurisprudencia constitucional y administrativa<sup>24</sup>.
- 2) El acto administrativo de desvinculación además de estar debidamente justificado debe cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, de esta manera, garantizar al afectado el debido proceso, la interposición de recursos e impugnar la decisión adoptada ante la jurisdicción administrativa de considerarlo pertinente<sup>25</sup>.
- 3) En la fundamentación del acto administrativo que conlleva la desvinculación de servidores/as públicos/as, se deben citar causas justificadas que la entidad pública debe exponer. Las causas del retiro del servicio de un empleado están establecidas en la constitución<sup>26</sup> y la Ley<sup>27</sup>.
- 4) Por contera, el acto administrativo que desvincula a un provisional debe fundamentarse de la siguiente manera:

<sup>20</sup> De hecho, la unificación sobre este tema se realizó mediante la Sentencia SU-250 de 1998.

<sup>21</sup> Artículos 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

<sup>22</sup> Artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015.

<sup>23</sup> Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

<sup>26</sup> Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>27</sup> 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 servidor provisional de sus funciones sin que exista una causa justificativa, se configura un vicio de inconstitucionalidad consistente en la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, de manera más específica el derecho de defensa.<sup>28</sup>
- 6) Ahora, bien, luego de la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1227 de 2005 la jurisprudencia del Consejo de Estado declara la nulidad del acto administrativo por encontrar demostrada la ilegalidad ante una falta o ausencia de motivación<sup>29</sup>. Por lo tanto, la debida motivación de los actos administrativos de desvinculación de los/las servidores/as públicos/as es esencial para asegurar la transparencia y legalidad de la decisión adoptada. Por lo cual el acto administrativo debe estar respaldado por una causal específica establecida en la Ley, con el fin de salvaguarda los derechos de los/las servidores/as afectados y disminuir la litigiosidad por este motivo.
- 7) Existen empleados en el sector público, cobijados por una protección especial según la Constitución<sup>30</sup>. Su protección se deriva de disposiciones legales y constitucionales que reconocen la necesidad de garantizar sus derechos, la igualdad de oportunidades y evitar escenarios de discriminación en el entorno laboral.
- 8) Nuestro ordenamiento ha establecido que son sujetos de protección especial y se deben garantizar los derechos de los/las servidores/as públicos/as que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia T 007 del 17 de enero de 2008.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de octubre de 2020. Exp. 05001-23-31-000-2011-01750-01(0307-17)

<sup>30</sup> Artículos 13, 25, 43, 46 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Mujeres en estado de embarazo y lactancia<sup>31</sup>
  - Madres o Padres cabeza de familia sin alternativa económica<sup>32</sup>.
  - Las personas con limitación física, mental, visual o auditiva<sup>33</sup>.
  - Los empleados públicos que les falten tres o menos años para cumplir con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez<sup>34</sup>.
  - Los empleados públicos que gocen de fuero sindical.
- 9) Para la desvinculación de este tipo de personas, las entidades deben demostrar fehacientemente que han desplegado todas las medidas afirmativas posibles para procurar su no desvinculación y los actos protectores a su alcance.
- 10) Frente a esta cuestión, el Decreto 1083 de 2015<sup>35</sup> establece el siguiente orden de protección que indica i) quienes hacen parte del grupo de personas que ostentan una condición que las hace merecedoras de medidas afirmativas y ii) su orden de prioridad:
- Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
  - Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
  - Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
  - Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".
- 11) En este entendido, de acuerdo con el anterior orden de protección a quienes sea reconocida estabilidad laboral reforzada con fundamento en enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad serán los últimos servidores en ser desvinculados y tienen prioridad frente a quienes acreditaron su condición de madre o padre cabeza de hogar; a su vez éstos últimos se encuentran priorizados frente a quienes acreditan condición de pre pensionados y; de igual manera éstos últimos tienen prelación respecto de aforados sindicales.
- 12) 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<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Artículo 51 de la Ley 909 de 2004.

<sup>32</sup> 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 Constitución. Ver Corte Constitucional, sentencia C-1039 de 2003.

<sup>33</sup> Artículo 1 de la Ley 762 de 2002.

<sup>34</sup> Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020.

<sup>35</sup> Artículo 2.2.5.3.2.

<sup>36</sup> Párrafo 3 del artículo 2.2.5.3.2.

- 13) Esta previsión guarda absoluta coherencia con la jurisprudencia, que en materia de estabilidad laboral reforzada ha emitido la Corte Constitucional. Se trata de **una estabilidad laboral relativa** que debe ceder frente a las personas que ocupan los primeros lugares en la lista de elegibles y que consiste en ser los últimos en ser desvinculados. Así las cosas, las medidas afirmativas encuentran límite en: i) los derechos de los elegibles quienes en virtud del mérito se encuentran en la lista de elegibles, y ii) el margen de maniobra con que cuente la entidad.
- 14) En el desarrollo jurisprudencial de la Corte, se condiciona la posesión de los elegibles que ocupan un lugar meritorio en la lista a que el servidor ostente la calidad de padre o madre cabeza de familia pues esta interpretación sería desproporcionada, y contraria a la norma, estableciendo una distinción que no se encuentra dada por el Decreto 1083 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, en el que sí se dispuso que otros grupos sujetos de protección tales como quienes acrediten *"1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia."* gozan de prevalencia frente a los pre pensionados, en lo que se refiere a la medida afirmativa consistente en ser los últimos en ser desvinculados<sup>37</sup>.
- 15) A continuación, se desarrollan las situaciones enunciadas anteriormente, relacionadas con los/las servidores/as públicos/as en provisionalidad que gozan de especial protección laboral:

#### Mujeres en estado de embarazado o lactancia

- El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución<sup>38</sup>. Esta norma señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial

<sup>37</sup> La Corte Constitucional, mediante sentencia T 096 de 2018, señaló 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. 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." Así mismo, el mencionado órgano colegiado 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."

<sup>38</sup> Artículo 43 de la Constitución Nacional y Artículo 2.2.31.1. del Decreto 1083 de 2015.

PRS.

asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo.

- La protección de las mujeres embarazadas o en período de lactancia se centra en prevenir la discriminación en el ámbito laboral, ya sea en el sector público o privado. Su principal finalidad es evitar la terminación o no renovación de los contratos laborales debido a la condición de embarazo o a la etapa de lactancia<sup>39</sup>.
- La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo procede cuando se demuestre, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente<sup>40</sup>:
  - ✓ La existencia de una relación laboral.
  - ✓ Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral.
  - ✓ El alcance de la protección se debe determinar a partir de dos factores<sup>41</sup>:
    - (i) El conocimiento del embarazo por parte del empleador; y
    - (ii) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.
- En relación con las servidoras públicas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo es ofertado mediante concurso de méritos o es suprimido, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-070 de 2013<sup>42</sup>, se aplicaran las siguientes reglas y recomendaciones:
  - ✓ Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse entre quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó.
  - ✓ Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en 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

<sup>39</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto 081861 del 17 de febrero de 2022.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-075 del 24 de julio de 2018.

<sup>41</sup> Parágrafo 2 del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, la cual señala: "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".

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013.



hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

- ✓ Si el empleador no tuvo conocimiento sobre el estado de gravidez, con independencia de que se haya aducido justa causa, no debe sufragar las cotizaciones requeridas para que la empleada tenga derecho a acceder a la licencia de maternidad. Tampoco debe pagar dicha prestación económica como medida sustitutiva ni está obligado a reintegrar a la trabajadora desvinculada.

### **Madre o Padre Cabeza De Familia**

- La Constitución Política otorga a las mujeres cabeza de familia una protección especial de parte del Estado, y la ley señala que es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada<sup>43</sup>, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar<sup>44</sup>.
- La protección especial al jefe de hogar también aplica por extensión del marco legal y jurisprudencial, a los padres cabeza de familia<sup>45</sup>.
- Ahora bien, la jurisprudencia constitucional<sup>46</sup> ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia, así:
  - ✓ Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
  - ✓ Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.
  - ✓ Es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre.
  - ✓ O 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.

<sup>43</sup> El estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Ver Corte Constitucional, sentencia C-034/99.

<sup>44</sup> Artículo 43 de la C.N. y Artículo 1 de la Ley 1232 de 2008

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C 1039 del 05 de noviembre de 2003

<sup>46</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-388 del 13 de abril de 2005

FRS

- Cuando un/a servidor/a público/a, que es padre o madre cabeza de familia y no dispone de fuentes de ingresos adicionales para sostener a su familia, poniendo en riesgo su mínimo vital y el de sus dependientes económicos, 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 familiar<sup>47</sup>.
- Antes de considerar cualquier desvinculación, la entidad correspondiente debe observar con especial atención los siguientes aspectos:
  - ✓ Verificar que el/la servidor/a público/a cuenta con los presupuestos para ser considerado madre o padre cabeza de familia.
  - ✓ Prever que los últimos servidores/as públicos/as en ser desvinculados de la entidad sean las madres o padres cabeza de familia, cobijadas con estabilidad laboral reforzada.
  - ✓ 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, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto<sup>48</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.

### Prepensionados

- La estabilidad laboral, consagrada en el artículo 53 de la Constitución, representa un derecho fundamental para todos/as los/las trabajadores/as, y su propósito es garantizar que estos puedan mantenerse en sus empleos, siendo desvinculados solo cuando exista una justa causa debidamente fundamentada<sup>49</sup>.
- Este principio de estabilidad laboral es de particular relevancia para los/las prepensionados/as, quienes se encuentran en una etapa de su vida laboral en la que la seguridad en el empleo cobra una importancia aún mayor, dado que están cerca de cumplir con los requisitos para acceder a una pensión<sup>50</sup>.
- El artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, definió que serán sujetos de especial protección por parte del Estado... *"las personas a las que les falte tres años o*

<sup>47</sup> Párrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia T 1211 del 05 de diciembre de 2008.

<sup>49</sup> Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sentencia T-500 del 22 de octubre de 2019.

*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", quienes deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.*

- La Corte Constitucional, en su jurisprudencia ha señalado las reglas y criterios para determinar quiénes pueden ser beneficiarios de la protección especial en calidad de prepensionados<sup>51</sup>. Esta jurisprudencia establece que el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez se debe dar dentro de los tres años siguientes.
  - (i) Tiempo de servicio o semanas cotizadas<sup>52</sup>.
  - (ii) Edad para acceder a la pensión de jubilación o vejez<sup>53</sup>.
- Antes de proceder a su desvinculación, se recomienda que las entidades públicas sigan las siguientes recomendaciones:
  - ✓ Verificar que el/la servidor/a público/a cuenta con los presupuestos para ser considerado prepensionado/a.
  - ✓ Informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el cargo ofertado mediante concurso de méritos está siendo ocupado por un provisional que ostenta la calidad de prepensionado/a, como quiera que este sólo se podrá efectuar cuando se cause el respectivo derecho.<sup>54</sup>
  - ✓ Garantizar su permanencia en su cargo o en uno de igual o superior categoría, hasta tanto sea incluido en nómina de pensionados de la entidad, con el fin de proteger su derecho al mínimo vital<sup>55</sup>.
  - ✓ Solicitar el derecho a la pensión del empleado/a en provisionalidad, si transcurridos treinta (30) días después de que el/la servidor/a público/a cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión, este no la solicita<sup>56</sup>.
  - ✓ Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el empleo se ofertó y la condición de prepensionado se generó mientras se realizaba el concurso, o que teniendo tal calidad concursó antes de la vigencia de la ley 1955 de 2019, debe darse prioridad al mérito toda vez que al hacerse la ponderación constitucional se

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-897 del 31 de octubre de 2012

<sup>52</sup> En el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, la condición de prepensionado debe revisarse si el capital que hasta el momento se ha ahorrado es suficiente para obtener la pensión dentro de los 3 años en que se deba cumplir con 1.150 semanas y la edad.

<sup>53</sup> Artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

<sup>54</sup> Parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

<sup>55</sup> Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020

<sup>56</sup> Parágrafo 3º del art. 9 de la Ley 797 de 2003.

puede llegar a la conclusión que nada impedía a la persona el participar en el proceso selectivo. Por contera, en estos casos la protección se circunscribe a nombrar al empleado en un empleo igual o equivalente si existen vacantes no ofertadas en la entidad.

### **Las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.**

- Los/las servidores/as públicos/as que presentan impedimentos significativos para el cumplimiento de sus labores bajo las condiciones laborales convencionales, debido a su estado de salud, pueden invocar el derecho a la estabilidad reforzada, la cual se encuentra respaldada por disposiciones constitucionales<sup>57</sup>.
- La afectación en la salud del servidor puede interpretarse como una situación que genera una vulnerabilidad manifiesta, lo que, a su vez, podría dar lugar a actos de discriminación basados en esta condición<sup>58</sup>.
- La situación de discapacidad se refiere a una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social<sup>59</sup>.
- Para determinar si el servidor es beneficiario de la protección constitucional por su condición de discapacidad, es necesario verificar la existencia de dos factores específicos<sup>60</sup>:
  - ✓ Si tiene comprometida de manera irreversible alguna función vital, a tal punto que afecta su actividad y lo pone en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural.
  - ✓ Si dicha afectación se encuentra dentro del rango del 25% y 50% teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.
- La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en los casos de desvinculación de funcionarios en situación de discapacidad que se encuentren en provisionalidad, la carga de la prueba recae en el empleador. En caso de no poder demostrar que la desvinculación no se debió a la discapacidad, el empleador tiene la obligación de reubicar al empleado en un cargo que le permita desempeñarse de manera efectiva y aprovechar todas sus capacidades laborales<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1040 del 27 de septiembre de 2001.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-049 del 02 de febrero de 2017.

<sup>59</sup> Artículo 1 de la Ley 762 de 2002.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, sentencia T-400 del 26 de junio de 2014.

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia T-320 del 21 de junio de 2016.

- Por lo cual previo a la desvinculación un servidor en provisionalidad se debe:
  - ✓ Verificar si el funcionario informó tal situación, si está demostrada la incapacidad, y si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral<sup>62</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.
  - ✓ 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>63</sup>.
  - ✓ Ser de las últimas personas desvinculadas, por tener una situación especial de protección constitucional.

### Fuero sindical

- Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución<sup>64</sup>.
- El artículo 12 de la Ley 584 de 2000 señala los trabajadores amparados por el fuero sindical, los cuales requieren autorización judicial para ser retirados del servicio.
- A su vez, el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, señala que no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:
  - ✓ Cuando no superen el período de prueba.
  - ✓ Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.
  - ✓ 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.
- Los/las servidores/as públicos/as con fuero sindical conforman un grupo que goza de una protección laboral especial, lo cual debe ser debidamente

<sup>62</sup> Corte Constitucional, sentencia T-899 del 26 de noviembre de 2014.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia T-373 del 08 de junio de 2017 y T-096 del 20 de marzo de 2018.

<sup>64</sup> Artículo 39 de la Constitución Nacional.

corroborado por la entidad pública. Por consiguiente, cuando un/a servidor/a público/a en situación provisional presenta una solicitud de estabilidad laboral reforzada, la entidad pública pertinente deberá:

- ✓ Verificar que el/la servidor/a público/a cuenta con los presupuestos para ser considerado aforado.
  - ✓ 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>65</sup>.
  - ✓ Manifiestar al provisional que no es procedente el amparo constitucional solicitado de acuerdo con la normatividad vigente.
- La protección aludida no da lugar a permanecer de manera indefinida en el empleo, pero si otorga garantías mínimas que impiden a la entidad lesionar los derechos que les corresponde a los/las servidores/as públicos/as en provisionalidad y evita que se genere un daño antijurídico al Estado.

### III. 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 administrativa<sup>66</sup>. Ante lo cual las autoridades tienen la responsabilidad primordial de:
  - a. Utilizar un lenguaje formal, directo, claro y comprensible en la redacción del acto administrativo y evitar las contradicciones.
  - b. Explicar de manera clara, detallada y precisa cual es la razón se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión (concurso de méritos, sanción disciplinaria, calificación insatisfactoria u otra razón legal).
  - c. Constatar que el cargo ocupado en provisionalidad haya sido efectivamente incluido en la convocatoria realizada para proveer el cargo mediante el respectivo concurso de méritos<sup>67</sup>.
  - d. 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<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Artículo 24 del Decreto 760 de 2005

<sup>66</sup> Ley 909 de 2004, Ley 1437 de 2011- CPACA- y Decreto 1083 de 2015

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 68001-23-31-000-2011-00103-01, octubre 26 de 2017.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 25000-23-25-000-2010-00317-01, marzo 07 de 2019.

- e. Identificar de manera clara al destinatario del acto administrativo, teniendo en cuenta que varios servidores/as pueden ocupar un cargo con la misma denominación.
- f. Verificar si los/las 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<sup>69</sup>.
- g. Constatar que el/la empleado/a provisional que haya ganado en el concurso de méritos un cargo diferente al que ostentaba sea nombrado en periodo de prueba.
- h. Consultar los precedentes jurisprudenciales que se relacionen con la protección de los/las servidores/as públicos/as en provisionalidad.
- i. Revisar las normas aplicables en materia de comunicación y notificación en el marco de las actuaciones administrativas<sup>70</sup>.

Durante el proceso de emisión del acto administrativo de desvinculación de los/las servidores/as públicos/as en situación provisional, es fundamental que las entidades realicen de minuciosa el estricto cumplimiento de las leyes y jurisprudencia aplicables, que están diseñadas para salvaguardar y proteger los derechos de estos servidores.

## Conclusiones

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, por lo cual procede, de acuerdo con la jurisprudencia<sup>71</sup>, declarar la nulidad del mismo, en el evento en que los afectados haya ejercicio el medio de control correspondiente.

El retiro del/a empleado/a público/a en provisionalidad solo puede obedecer a: 1. Que el cargo se va a proveer con el respectivo concurso de méritos. 2. La existencia de una razón suficiente relacionada con la prestación del servicio. 3. La calificación de servicios como no satisfactoria. 4. Una sanción disciplinaria.

---

<sup>69</sup> Párrafo 3 del artículo 2.2.5.3. del decreto 1085 de 2015.

<sup>70</sup> Se recomienda revisar el Lineamiento sobre buenas prácticas en las comunicaciones y notificaciones de las actuaciones administrativas elaborado por la ANDJE. Puede descargar el lineamiento en: [Lineamientos archivos - Comunidad Jurídica del Conocimiento \(defensajuridica.gov.co\)](http://defensajuridica.gov.co)

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 556 del 24 de julio de 2014, concordante con la Sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010.

La motivación del acto administrativo que conlleva la desvinculación de los/las servidores/as públicos/as que ocupan cargos de carrera administrativa en condición provisional, representa un requisito obligatorio para todas las entidades públicas<sup>72</sup>.


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 expuestos<sup>73</sup>.

La protección especial constitucional otorgada a los/las servidores/as públicos/as en situación provisional debe ser evaluada en su justa medida, de manera que los derechos de los ganadores de concursos públicos de méritos sean debidamente respetados y prevalezcan<sup>74</sup>.

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 preferente<sup>75</sup>.

Agotado el uso de listas de elegibles, existe un orden de protección para proveer provisionalmente el cargo, así: 1. Empleado/a con discapacidad o enfermedad grave; 2. Padre o madre cabeza de familia; 3. Prepensionados; 4. Empleados/as con fuero sindical<sup>76</sup>.

Atentamente,

  
**PAULA ROBLEDO SILVA**  
**Directora General (E)**

Aprobó: Jhon Jairo Camargo/Laura Bernal Bermúdez  
Revisó: María Fernanda Suárez Celly  
Elaboró: José Alejandro Sánchez Ladino/Estefanía León Cortes

<sup>72</sup> Parágrafo 2 del artículo 41 de ley 909 de 2004.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1240 del 09 de diciembre de 2004.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-405 del 17 de noviembre de 2022

<sup>75</sup> Parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019.

<sup>76</sup> Parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.