Función Pública

Concepto 442991 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000442991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000442991

Fecha: 16/12/2021 02:09:04 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Madres y padres cabeza de familia. Radicado: 20219000700102 del 10 de noviembre de 2021.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta, en caso de perder el concurso de méritos que adelanta la entidad donde trabaja y teniendo en cuenta que tiene certificación al ser padre cabeza de hogar sin alternativa económica de acuerdo al Decreto 1415 de 2021, cómo debe proceder la entidad para garantizar la estabilidad laboral si actualmente la misma no tiene cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia del que ocupa, se da repuesta en los siguientes términos.

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir, ni resolver las situaciones particulares de las entidades, dicha potestad corresponde a la entidad, quien será la que finalmente adoptará las decisiones pertinentes para el funcionamiento de su entidad.

En consecuencia, solo se dará información a la luz de la norma aplicable al tema de consulta, que permita a la administración tomar una determinación para el caso concreto.

De acuerdo con el legislador, en los casos de rediseño institucional en los que se deban suprimir cargos, o en los casos de la provisión definitiva de los empleos a través del concurso de mérito, los empleados provisionales o los temporales que sean, madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación, deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.

El ya mencionado Decreto 1083 de 2015, sobre la protección especial para evitar el retiro del servicio de algunos empleados, dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.12.1.2.1 DESTINATARIOS. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1, (sic)debe entenderse que la referencia correcta es el artículo 2.2.12.1.1.1 del presente decreto.”

(…)

ARTÍCULO 2.2.12.1.1.1 DEFINICIONES. Para los efectos de la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, se entiende por:

1. Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica: Entiéndase por madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltera(o) o casada(o), tenga bajo su cargo, 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 compañera(o) permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.

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

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

Acreditación de la causal de protección:

a) Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de los servidores públicos, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, deberá ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez

2. Aplicación de la protección especial:

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

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación.

(…)

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

(…)"

Así las cosas, se colige que de acuerdo con la protección especial establecida en el Decreto 1083 de 2015, no pueden ser retirados del servicio quienes ostenten la calidad de Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, en caso de modificación de plantas de personal permanente o temporal.

Para hacer efectiva la protección, según la modificación que hizo el Decreto 1415 de 2021, el empleado que considere que acredita los requisitos para acceder a la protección, deberá adjuntar los documentos que así lo constaten y aportar solicitud para el efecto; así, los jefes de la unidad de personal o quienes hagan sus veces deben verificar los servidores que tengan la calidad Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, les corresponderá verificar la validez de la documentación aportada por el solicitante.

Ahora bien, para dar respuesta a su consulta no se puede dejar de lado lo que corresponde a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1083 de 2015, citado, que establece:

"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".

La Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de 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, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(…)

Estos motivos 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, lo 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". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula.

Por lo tanto, pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atenientes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, cuando se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón ateniente al servicio que está prestando el servidor.

De lo expuesto anteriormente, centrando el presente escrito al tema objeto de consulta, se tiene entonces que el empleado público que acredite ser madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, o presente una limitación física, mental, visual o auditiva, o cumpla con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, contará con una protección especial para no ser retirado del servicio inclusive, cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Sin embargo, es pertinente traer a su conocimiento sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional Sala Plena, 26 de mayo de 2011, Referencia: expedientes T-2.643.464 (Acumulados), Consejero Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se consideró lo siguiente en lo que respecta a la discrecionalidad del nominador para definir en el marco de una 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 y padres cabeza de familia y los prepensionados, así:

"La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el

concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. 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 una persona que ganó el concurso.

(…)

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

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

(…)

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

(…)

En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010." (Negrilla original, Subrayado fuera del texto)

A su vez, la misma corporación mediante sentencia, de la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, 08 de junio de 2017, expediente T-6.029.419, Consejera Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, concluyó en los siguientes términos la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños por la desvinculación de una empleada que tiene una enfermedad de alto costo -cáncer- que se encontraba ocupando en provisionalidad un empleo de carrera administrativa y fue provisto por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso, a saber:

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

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

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando

demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento". (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia ya valorando las razones expuestas por la Corte Constitucional así como la normativa citada, para el presente asunto, es importante tener claro que la protección especial dispuesta para los empleados que se encuentren en debilidad manifiesta en los términos del artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, no puede entenderse a manera de conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que deberán prevalecer los derechos de quienes ganan concurso de méritos.

Ahora bien, el Decreto 1415 de 2021, sobre el cual se genera su consulta fijó las reglas para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, cuando se los organismos y entidades modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, permanece vigente que las entidades dentro de los procesos que inicie para la provisión de empleos por mérito y la posterior declaratoria de insubsistencia de quienes los ocupan en provisionalidad, en la medida de lo posible sean sujetos de reubicación y de no ser esto posible, sean los últimos en removerse.

Es decir, no debe entenderse como un derecho indefinido permanecer en este tipo de vinculación laboral, sin embargo, surge una obligación jurídico constitucional de trato preferencial como medida de acción afirmativa, en tal sentido, previo a proceder la entidad a nombrar a quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse, y en lo posible, de vincularse nuevamente en forma provisional a empleos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, demostrando por mandato legal, sus condiciones especiales.

En conclusión y para dar respuesta concreta a su interrogante, de conformidad con el Decreto 1415 de 2021, y para hacer efectiva en la medida de las posibilidades la estabilidad laboral objeto de consulta, ante los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal usted deberá acreditar que pertenecer al grupo de protección especial indicado en su comunicación, en todo caso, y de no ser posible la reubicación, el empleado en provisionalidad deberá ser retirado del servicio, toda vez que primaran los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link /web/eva/gestor-normativo,«Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

Acciones afirmativas

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:27:20