



Concepto 192011 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000192011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000192011

Fecha: 03/04/2024 10:19:22 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: Tema: RETIRO DEL SERVICIO. Subtemas: Estabilidad Laboral Reforzada sujetos de especial protección constitucional. Radicado: 20242060175672 de fecha 26 de febrero de 2024

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual remite dos derechos de petición relacionados con el tema de protección laboral reforzada, de manera atenta se plantean las siguientes consideraciones:

En el primer escrito se formulan los siguientes interrogantes:

"(...)

1. *Un Funcionario Público con nombramiento provisional y en calidad de PRE - PENSIONADO, está obligado a participar en las Convocatorias que la Entidad realice y desarrolle, ¿conforme a lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC?*

2. *¿Debería un Funcionado nombrado en provisionalidad, que ostenta calidad de PRE- PENSIONADO entregar la plaza que ocupa en la entidad una vez quede en firme la lista de elegibles definitiva por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y este no haga parte de ella?*

3. *Con fundamento en el Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, en el cual se establece: "Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de restructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.", y teniendo en cuenta que la entidad no cuenta con vacantes temporales o provisionales para reubicar a los Funcionarios PRE - PENSIONADOS, con relación a estos casos ¿qué mecanismos debe implementar y ejecutar la entidad para dar cumplimiento a la Ley?*

4. ¿Las personas que cumplen con la edad para pensionarse, pero no cuentan con las semanas cotizadas, ni es posible que las adquieran en menos de tres años, ostentan calidad de PREPENSIONADOS?

Respecto de las anteriores inquietudes, se manifiesta lo siguiente:

De conformidad establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹ este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

El presente concepto se enmarca dentro de la función de asesoría y se funda en la presentación y análisis de las disposiciones legales y reglamentarias, lo mismo que en la jurisprudencia relativa a la materia objeto de consulta.

A efectos de atender los cuestionamientos planteados, resulta pertinente citar las siguientes disposiciones:

En primer lugar, en relación con el retiro de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, el Decreto [1083](#) de 2015², 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.

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.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto [648](#) de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

(...)

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 pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- (...).

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”.

Respecto de la protección laboral reforzada, en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal el Decreto 1083 de 2015 señala:

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

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.

2. Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) Limitación auditiva: A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada/severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) Limitación visual: A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) *Limitación física o mental: Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.*

3. *Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, al momento de la supresión del empleo.*

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

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado. Es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Además, la Corte sostuvo que *“el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”*.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la sentencia [SU-917](#) de 2010³. En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativos con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto [1083](#) de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubstancia 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 empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

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 hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado

conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

En esta misma línea, en relación con los sujetos de especial protección constitucional, como, por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva; la Corte Constitucional mediante sentencia [T-156](#) de 2014 señaló:

Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, “concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”. Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En torno a la condición de sujeto pre pensionado, la Corte Constitucional en Sentencia [SU003](#) del 8 de febrero de 2018⁴, Referencia: T-5.712.990, M.P. Carlos Bernal Pulido precisó:

“(…)

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “pre pensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas - o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

62. La “pre pensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

(…)

Con respecto a la protección especial de “pre pensionados” para empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicado No. 050012333000201200285-01 (3685-2013) del 29 de febrero de 2016⁵, sostuvo:

“Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

“4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3 y

4 del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 20025(sic) se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia, los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

a. La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b. Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c. La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le faltan tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.(Resaltado fuera de texto).

De conformidad con lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia transcritas, la condición de pre pensionado se adquiere y resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le faltan tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

Finalmente, respecto de la aplicación de la protección prevista en el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, el gobierno nacional expidió el Decreto 1415 de 2021⁶.

Conforme a lo anterior, se concluye: i) El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma; ii) La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas; iii) Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo; iv) La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como los pre-pensionados, o quienes padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva; cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos; v) La condición de pre pensionado se adquiere y resulta aplicable siempre

y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le faltan tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez; vi) Los beneficios previstos para los pre pensionados en el Decreto 1415 de 2021, requieren que dicha condición, se acredite por parte de los interesados y se certifique por parte del jefe de personal o quien hagan sus veces,

De acuerdo con lo anterior, se procede a dar respuesta a las inquietudes planteadas en su consulta, en los siguientes términos:

PREGUNTA 1. *Un Funcionario Público con nombramiento provisional y en calidad de PRE – PENSIONADO, está obligado a participar en las Convocatorias que la Entidad realice y desarrolle, ¿conforme a lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC?*

RESPUESTA: *La participación de los procesos de selección para la provisión de cargos públicos que adelanta la CNSC, es voluntaria y en ellas pueden participar todas(sic) las personas que deseen acceder a un cargo público y consideren que cumplen con los requisitos definidos para cada cada(sic) convocatoria. Más aún si su empleo no fue reportado como prepensionado.*

PREGUNTA 2. *¿Debería un Funcionado nombrado en provisionalidad, que ostenta calidad de PRE- PENSIONADO entregar la plaza que ocupa en la entidad una vez quede en firme la lista de elegibles definitiva por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y este no haga parte de ella?*

RESPUESTA: *Conforme a la normatividad y la jurisprudencia citadas, cuando el funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, funcionarios en condición de pre pensionados, madres o padres cabeza de familia, o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva; si bien no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. En caso de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración deberá dar aplicación de lo previsto en el numeral 3 del Parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015; si definitivamente se hace necesario dar por terminado el nombramiento provisional, se debe expedir el correspondiente acto administrativo, señalando expresamente, el motivo que da lugar a dicha terminación; en este caso por la llegada de quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles.*

PREGUNTA 3. *Con fundamento en el Artículo 8 de la Ley 2040 de 2020, en el cual se establece: "Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de restructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional.", y teniendo en cuenta que la entidad no cuenta con vacantes temporales o provisionales para reubicar a los Funcionarios PRE – PENSIONADOS, con relación a estos casos ¿qué mecanismos debe implementar y ejecutar la entidad para dar cumplimiento a la Ley?*

RESPUESTA: *Se reitera lo señalado en la respuesta anterior.*

PREGUNTA 4. *¿Las personas que cumplen con la edad para pensionarse, pero no cuentan con las semanas cotizadas, ni es posible que las adquieran en menos de tres años, ostentan calidad de PREPENSIONADOS?*

RESPUESTA: *No. De acuerdo a las consideraciones jurídicas(sic) esbozadas.*

A continuación, se hará referencia al segundo escrito, en el cual se plantean los siguientes interrogantes:

1. *¿La Funcionaria la cual se encuentra actualmente ocupando un cargo en Provisionalidad y con un diagnóstico de enfermedad laboral, tiene*

estabilidad laboral reforzada?

2. ¿Procede el retiro inmediato de la Funcionaria, en condición de enfermedad laboral, una vez quede en firme la lista de elegibles?

3. ¿Se debe mantener a la funcionaria en provisionalidad con condición de enfermedad laboral por un periodo de tiempo definido? De ser positiva la respuesta ¿Cuál sería este periodo de tiempo?

4. Atendiendo al porcentaje de calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral con un porcentaje de secuelas del 19.59%, ¿se puede considerar a la funcionaria en provisionalidad como persona en situación de discapacidad?

5. ¿Qué actuaciones Administrativas y Jurídicas debe adelantar el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, si el Funcionario con nombramiento Provisional, sujeto de especial protección en virtud de los diagnósticos médicos por Enfermedad Laboral, no ocupa el primer lugar dentro de las listas de elegibles dentro de la Convocatoria Entidades de Orden Nacional 2020 - 2?

6. ¿El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, una vez quede en firme la lista de elegibles para ocupar los cargos definitivos dentro de la Convocatoria Entidades de Orden Nacional 2020 - 2, puede retirar del Cargo a la Funcionaria, si esta no supera las pruebas y requisitos para el Concurso?

7. ¿El Funcionario con Nombramiento Provisional, con diagnósticos médicos de Enfermedad Laboral, debe ceder o entregar el cargo, si no supera los requisitos establecidos en la Convocatoria?

8. ¿Si la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, una vez notifique y se encuentren en firme los Actos Administrativos de la Lista de Elegibles definitiva de la Convocatoria Entidades del Orden Nacional 2020 - 2, requiriéndose el retiro inmediato del Funcionario con nombramiento provisional, qué pasos debe seguir la entidad para dar cumplimiento a los fallos judiciales que determinan que el Funcionario al estar sujeto a una protección especial por las Enfermedades Laborales diagnosticadas, no puede ser retirado de su cargo?

9. ¿La Funcionaria, siendo sujeto de especial protección con relación a los diagnósticos médicos de Enfermedades Laborales debe ser reubicada en un cargo con las mismas características del cargo que ocupaba?

10. El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no existen vacantes temporales o provisionales con las mismas características o nivel jerárquico del cargo que ocupa actualmente la Funcionaria, dado el caso, ¿la funcionaria podría ser vinculada a la entidad a través de un contrato de prestación de servicios?

De acuerdo con las disposiciones y la jurisprudencia citadas anteriormente, para el caso objeto de consulta, se considera pertinente hacer énfasis en lo referente a la protección laboral reforzada de los servidores con alguna limitación física o sensorial; particularmente lo previsto en el numeral 1 del Parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, según el cual, en caso de que la lista de elegibles 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 dar prioridad a la protección especial de los servidores que padezcan alguna enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

De igual forma se deberán atender los lineamientos definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia Sentencia(sic) de Unificación SU-269 de 2023, en la que señala:

"En esta providencia se recoge la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha decantado sobre esta materia. Se explica, a partir del contenido de las sentencias de unificación SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021 que: i) la estabilidad reforzada, prevista en el referido artículo 26

implica que cualquier relación de trabajo, subordinada o no, se enmarque dentro de los supuestos de protección;[137] ii) son titulares quienes se encuentren en una condición de salud que les impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades y no se requiere acreditar una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda[138], ni contar con un carné de seguridad social que la certifique; iii) una regulación reglamentaria, que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, no puede condicionar o afectar el contenido o aplicación de la ley que regula esta figura.

190. De otro lado se recordó que, por regla general, es posible acreditar que la condición de salud física o mental que padece el trabajador, en verdad, le impide o dificulta desempeñar sus actividades a como lo haría regularmente a través de: i) el examen médico de retiro en el que se advierte sobre la enfermedad o recomendaciones médicas o incapacidades médicas presentadas antes del despido;[139] ii) la demostración de que la persona fue diagnosticada por una enfermedad y que debe cumplir con un tratamiento médico;[140] iii) la ocurrencia de un accidente de trabajo que genera incapacidades médicas y también cuando de él existe calificación de pérdida de capacidad laboral[141]; o cuando iv) el trabajador informa al empleador, antes de la desvinculación, que su bajo rendimiento se origina en una condición de salud que se extiende después de la terminación del vínculo.[142]

191. También se indicó que los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual por expreso mandato de los artículos 3, 4 y 241 superiores, da alcance a los derechos fundamentales y al propio texto constitucional[143] y que si tales autoridades deciden abandonarlos, requieren satisfacer una carga de transparencia y argumentativa exigente y rigurosa, que no exprese simples desacuerdos y que, en todo caso evidencie por qué esa modificación concreta de mejor manera el contenido de los derechos y garantías a la luz de la Constitución Política.

Con base en lo citado en precedencia, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en su consulta, en los siguientes términos, no sin antes advertir que, este Departamento Administrativo y particularmente esta Dirección Jurídica, carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre casos concretos.

PREGUNTA 1. ¿La Funcionaria, la cual se encuentra actualmente ocupando un cargo en Provisionalidad y con un diagnóstico de enfermedad laboral, tiene estabilidad laboral reforzada?

RESPUESTA: Los servidores que padecen limitación física o mental, debidamente acreditada, podrán ser sujetos de las medidas de protección laboral reforzada, conforme a las disposiciones y la jurisprudencia citadas; sin embargo, en todo caso, se deberá garantizar el cumplimiento del principio del mérito de las personas que se encuentren en la lista de elegibles correspondiente.

PREGUNTA 2. ¿Procede el retiro inmediato de la Funcionaria, en condición de enfermedad laboral, una vez quede en firme la lista de elegibles?

RESPUESTA: Si procede el retiro, pues una enfermedad laboral no goza de una protección de orden constitucional o jurisprudencial para permanecer en el empleo y ya hay lista de elegibles, pues se debe nombrar a quien ocupa el primer puesto.

PREGUNTA 3. ¿Se debe mantener a la funcionaria en provisionalidad con condición de enfermedad laboral por un periodo de tiempo definido? De ser positiva la respuesta ¿Cuál sería este periodo de tiempo?

RESPUESTA: Se reitera lo señalado en el punto anterior

PREGUNTA 4. Atendiendo al porcentaje de calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral con un porcentaje de secuelas del 19.59%, ¿se puede considerar a la funcionaria en provisionalidad como persona en situación de discapacidad?

RESPUESTA: La evaluación de discapacidad la debe valorar la EPS o ARL a la cual se encuentre afiliado el empleado, según corresponda, y determinarán si se debe considerar o no como persona con discapacidad.

PREGUNTA 5. ¿Qué actuaciones Administrativas y Jurídicas debe adelantar el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, si el Funcionario con nombramiento Provisional, sujeto de especial protección en virtud de los diagnósticos médicos por Enfermedad Laboral, no ocupa el primer lugar dentro de las listas de elegibles dentro de la Convocatoria Entidades de Orden Nacional 2020 – 2?

RESPUESTA: Se reitera lo señalado respecto de la segunda respuesta, los servidores nombrados en provisionalidad en situación de discapacidad, no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, en consecuencia, debe ser retirado del empleo para dar lugar al nombramiento de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

PREGUNTA 6. ¿El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, una vez quede en firme la lista de elegibles para ocupar los cargos definitivos dentro de la Convocatoria Entidades de Orden Nacional 2020 – 2, puede retirar del Cargo a la Funcionaria, si esta no supera las pruebas y requisitos para el Concurso?

RESPUESTA: Debe ser retirada para que quien ocupó el primer lugar de la lista de elegibles sea nombrado.

PREGUNTA 7. ¿El Funcionario con Nombramiento Provisional, con diagnósticos médicos de Enfermedad Laboral, debe ceder o entregar el cargo, si no supera los requisitos establecidos en la Convocatoria?

RESPUESTA: Se reitera lo señalado respecto de la respuesta N 2.

PREGUNTA 8. ¿Si la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, una vez notifique y se encuentren en firme los Actos Administrativos de la Lista de Elegibles definitiva de la Convocatoria Entidades del Orden Nacional 2020 – 2, requiriéndose el retiro inmediato del Funcionario con nombramiento provisional, qué pasos debe seguir la entidad para dar cumplimiento a los fallos judiciales que determinan que el Funcionario al estar sujeto a una protección especial por las Enfermedades Laborales diagnosticadas, no puede ser retirado de su cargo?

RESPUESTA: En relación con el cumplimiento de fallos judiciales no corresponde a este Departamento Administrativo, interpretar los fallos emitidos por las autoridades judiciales, ni señalar a las entidades como se debe dar cumplimiento a los mismos, razón por la cual la entidad condenada en un proceso judicial, deberá respetar íntegramente el contenido de la sentencia, sin entrar a analizar la oportunidad, la conveniencia, o los intereses de la autoridad vencida dentro del proceso, a fin de modificarlo.

PREGUNTA 9. ¿La Funcionaria, siendo sujeto de especial protección con relación a los diagnósticos médicos de Enfermedades Laborales debe ser reubicada en un cargo con las mismas características del cargo que ocupaba?

RESPUESTA: Conforme a lo indicado en la respuesta a la pregunta N°2, los empleados provisionales, si bien no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos.

PREGUNTA 10. El Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no existen vacantes temporales o provisionales con las mismas características o nivel jerárquico del cargo que ocupa actualmente la Funcionaria, dado el caso, ¿la funcionaria podría ser vinculada a la entidad a través de un contrato de prestación de servicios?

RESPUESTA: Se reitera lo señalado en el punto anterior.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de

la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Gustavo Parra Martínez

Revisó: Maia Borja Guerrero

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública
3. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia [SU-917](#) del 16 de noviembre de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
4. Corte Constitucional en Sentencia [SU003](#) del 8 de febrero de 2018, Referencia: T- 5.712.990, M.P. Carlos Bernal Pulido
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «B», consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicado No. 050012333000201200285-01 (3685-2013) del 29 de febrero de 2016
6. 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 pre pensionados

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:20:48