

CIRCULAR CONJUNTA No. **003**

PARA: SECRETARIOS(AS) DE DESPACHO, DIRECTORES(AS) DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, DIRECTORES (AS) DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, ÓRGANOS DE CONTROL Y JEFES DE TALENTO HUMANO O QUIENES HAGAN SUS VECES.

DE: SECRETARÍA GENERAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, D. C. DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL DISTRITAL —DASCD

ASUNTO: Lineamientos sobre la provisión de empleos de carrera administrativa con listas de elegibles proferidas por la CNSC y sobre estabilidad laboral reforzada de los servidores provisionales que se encuentren en condición de: embarazo; discapacidad o enfermedad catastrófica; madre o padre cabeza de familia; y pre-pensionado o amparado con fuero sindical.

FECHA:

Respetados(as) doctores(as):

En el marco de las competencias atribuidas en materia de empleo público y de gestión del talento humano a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C., y al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital – DASCD- a través de los Decretos Distritales 425 de 2016¹ y 580 de 2017², respectivamente; en lo dispuesto en el artículo 97° del Acuerdo Distrital 761 de 2020 “Por medio del cual se adopta el Plan De Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito Capital 2020-2024 **UN NUEVO CONTRATO SOCIAL Y AMBIENTAL PARA LA BOGOTÁ DEL SIGLO XXI**” en torno a la promoción de la meritocracia como un mecanismo de igualdad, generación de valor público y fortalecimiento institucional y sin perjuicio de los lineamientos emitidos mediante la Circular Conjunta No. 042 de 2018, se hace necesario impartir lineamientos para orientar a los nominadores de cada una de las entidades y organismos distritales en la aplicación de las disposiciones legales y constitucionales que guían la gestión del empleo público, atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en torno a un doble propósito.

¹“Por medio del cual se modifica la Estructura Organizacional de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.”

²“Por el cual se modifica la estructura interna del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, se determinan las funciones de las dependencias y se dictan otras disposiciones”.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



Por una parte, garantizar la eficacia de los procesos de selección adelantados en el marco de la **Convocatoria 806 a 825, de 2018**, DISTRITO CAPITAL-CNSC, con la cual se busca proveer 1.704 empleos de carrera administrativa en el Distrito Capital y que configura una obligación en cabeza de nuestras entidades distritales para avanzar en la designación de los elegibles quienes ocuparon la posición meritosa para ser nombrados en el empleo por el cual concursaron y, por otra parte, promover la adopción de acciones afirmativas respecto de los servidores provisionales que deben ser retirados del servicio con ocasión de la aplicación de listas de elegibles y son sujetos de especial protección en virtud de su condición de embarazo; discapacidad o enfermedad catastrófica; madre o padre cabeza de familia; pre-pensionado o amparado con fuero sindical, para que se proceda conforme a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Al respecto, debe reiterarse que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 125, estableció el mérito como la forma por excelencia en que debe realizarse la selección de ingreso al servicio público, pues lo ideal es que sean los conocimientos, habilidades y competencias las que determinen las personas idóneas para ocupar un empleo, lo que lo hace un principio fundante del Estado colombiano y por lo tanto, debe prevalecer en el momento de proveer un empleo público.

Frente a esto, la Corte Constitucional ha señalado que la principal manifestación del principio del mérito son los concursos, constituyéndose en mecanismo idóneo para que “[...] *el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole. La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.*”³

Así mismo, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia SU-446 de 2011:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque

³Corte Constitucional Sentencia SU-136 de 1998.

la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.”

En este orden de ideas, en atención a la obligación de realizar la provisión definitiva de empleos de carrera administrativa, fruto de los resultados arrojados de las **Convocatoria 806 a 825 de 2018, DISTRITO CAPITAL-CNSC**, con base en los requisitos y condiciones fijados por la normatividad y los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, se emiten los siguientes lineamientos:

I. LINEAMIENTOS SOBRE LA EFICACIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES

1. Los empleos de carrera administrativa ofertados en cada una de las convocatorias, se proveerán en estricto orden de méritos con quienes consolidaron la posición meritatoria de la lista de elegibles en firme y vigente, en aras de garantizar los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, el debido proceso administrativo, la igualdad y el trabajo, en la medida que el mérito debe ser el criterio predominante respecto de quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado⁴.
2. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos⁵.

Al respecto, es importante tener en cuenta que la Ley 1960 de 2019, “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.*”, no se encontraba vigente al momento en que se publicaron las Convocatorias 806 a 825, las cuales datan del año 2018, por lo tanto, se aplicará lo dispuesto en esta normativa, así como lo señalado por la Comisión Nacional del

⁴El artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, señala: “(...) 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. (...)”

⁵ El artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, “(...) PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

Servicio Civil respecto de la “**COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”**”, para aquellas convocatorias que surjan a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley.

3. El retiro del personal provisional tendrá lugar a través del acto administrativo correspondiente⁶, por medio del cual se efectúa su desvinculación, el cual debe contener las razones de la decisión, en esta oportunidad fundadas en la provisión definitiva del cargo como producto del concurso, en el orden previsto en la lista de elegibles, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.
4. Los servidores públicos que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad tienen derecho a permanecer en el cargo hasta tanto se nombre para desempeñarlo a la persona que ganó el concurso de méritos y quien esté en el orden de elegibilidad, o hasta la configuración de algunas de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

II. LINEAMIENTOS ESPECIALES RESPECTO DE QUIENES SE ENCUENTREN EN UNA CONDICIÓN QUE GENERE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

En caso que los cargos a proveer se encuentren ocupados por servidores en provisionalidad que cuenten con una situación que conlleve a una especial protección constitucional, por tratarse de mujeres embarazadas o lactantes, personas con discapacidad o enfermedad catastrófica, madres o padres cabezas de familia, prepensionados, o personas amparadas con fuero sindical, se propenderá por prolongar mientras sea legalmente posible su permanencia en el servicio público mediante su vinculación en provisionalidad en otro empleo similar o equivalente al que venía ocupando, que no haya sido convocado a concurso o respecto al cual no se haya configurado lista de elegibles⁷, garantizando en todo caso, el derecho preferencial de encargo que le asiste a quienes ostentan derechos de carrera administrativa.

⁶ El Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de los provisionales, 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**”.

⁷ El artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, establece en cuanto a la provisión definitiva de los empleos en caso de que la lista de elegibles tenga un número menor de aspirantes a los empleos ofertados, caso en el cual se deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección: “(...) 1. **Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.** 2. **Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.** 3. **Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.** 4. **Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.** (...)”

1. Mujeres en estado de gestación o licencia de maternidad.

En el caso de las mujeres en estado de gestión o licencia de maternidad se propenderá por reubicar a la servidora en una vacante igual o equivalente a aquella que venía ocupando, si ello no es posible, el último cargo a proveer será el de la mujer embarazada, y al momento de producirse la desvinculación, la entidad deberá garantizar el pago de la Seguridad Social en Salud de la servidora de tal manera que se efectúe el pago de la prestación hasta la terminación de la licencia de maternidad.

Para la acreditación de dicha condición, si bien, la jurisprudencia ha determinado que existe libertad probatoria para demostrar que el empleador tenía conocimiento acerca del estado embarazo de la servidora pública⁸, es necesario que la servidora dé aviso al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación, indicando la fecha probable de parto, con el fin activar el fuero de maternidad que la cobija durante su período de gestación y posterior licencia de maternidad.

En relación a su estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional puntualizó: *“Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por 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. (...) se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (...)”*⁹ (Destacado Nuestro).

2. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

Respecto de las personas en condición de discapacidad o enfermedad catastrófica, se consideran población sujeta de especial protección constitucional, por lo que se debe propender por generar mecanismos que permitan protegerlas con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos o vinculadas de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante.

⁸Sentencia T-670/17 Referencia: Expedientes T-6.309.634 y T-6.310.036. Acciones de tutela presentadas por Ramiro Alfonso Cervantes Martínez contra Oleoflores S.A.S. (T-6.309.634) y Andrés Felipe Martínez Echavarrya contra Summar Temporales S.A.S., Almacenes La 14 S.A. y Nueva EPS (T-6.310.036). Magistrado Ponente: CARLOS BERNAL PULIDO

⁹Corte Constitucional. Sentencia SU-070 de 2013.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



La acreditación de la condición de discapacidad se realizará a través de la respectiva certificación de discapacidad expedida por las Instituciones Prestadoras de Salud – IPS, que se encuentren autorizadas por la Secretaría Distrital de Salud¹⁰.

Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas que padecen una enfermedad catastrófica, dentro de las que se encuentran las consideradas degenerativas, progresivas o congénitas deberán contar con la valoración de dicha circunstancia a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS. En caso que la discapacidad tenga origen o sea consecuencia de un accidente o enfermedad laboral y así lo determine la EPS, será necesario aportar el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la ARL o en su defecto, de la Junta Regional de Calificación.

La Corte Constitucional ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”* a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que conlleva una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

*“(…) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que **‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.***

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que

¹⁰ Artículo 7° de la Resolución 113 de 2020. *“Autorización de Instituciones Prestadoras de Salud – IPS. Las Secretarías de Salud de orden distrital y municipal o las entidades que hagan sus veces, autorizarán a las IPS que realizarán el procedimiento de certificación de discapacidad, de acuerdo con los criterios que para el efecto expida el Ministerio.”*

presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando” (Negrilla fuera del texto original).

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada¹¹.

En cuanto a la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ante la tensión que surja entre la estabilidad laboral reforzada en favor de servidores públicos que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad y la provisión de cargos de carrera mediante concurso, la Corte Constitucional ha reiterado los siguientes criterios: *“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 3°), 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”**¹². (Negrillas fuera de texto).*

Respecto del retiro de los empleados con discapacidad el artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹³ dispone que *“En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.”*

Ahora bien, respecto al retiro de los empleados provisionales en estado de indefensión, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T — 464 de 2019.

¹² Corte Constitucional Sentencia T — 373 de 2017.

¹³ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas - en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, la normatividad en favor de personas en situación de discapacidad está orientada a garantizar que ninguna persona en dicha condición sea despedida o terminado su contrato laboral **en razón de su limitación**, salvo autorización expresa del Ministerio del Trabajo y en todo caso, ante la incompatibilidad entre la labor y la condición del trabajador, el empleado tendrá derecho a la debida indemnización.

En tal sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública¹⁴ señala que: “(...) **solo es necesaria la autorización del Ministerio del Trabajo cuando la desvinculación del servidor sea por razón de su limitación, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997**”¹⁵, condición que no se configura en tratándose de la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, materializado con la

¹⁴Referencia: “RETIRO DEL SERVICIO. Desvinculación de persona en situación de discapacidad para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos. Radicado: 20189000134542 del 17 de mayo de 2018.”

¹⁵Artículo 26 del Ley 361 de 1997. “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. (...)”

designación del elegible que consolidó el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo por el cual concursó, razón objetiva que debe ser claramente expuesta en el acto de desvinculación.

3. Condición de padre o madre cabeza de familia.

En tratándose de padre o madre cabeza de familia de igual forma han de adoptarse medidas que permitan ser los últimos en ser desvinculados de sus cargos o vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, sin perjuicio, del derecho preferencial al encargo de los servidores de carrera.

La acreditación de dicha condición será demostrada con la declaración ante notario, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso¹⁶, en donde conste que *“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien 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, como es obvio, la muerte; (v) por último, 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.”*¹⁷

Así mismo la entidad podrá verificar tal condición realizando las búsquedas en el Registro Único de Afiliados - RUAF y el Sistema Integral de Información de la Protección Social - SISPRO, los cuales permiten determinar en qué condición se encuentra afiliada la madre o el padre cabeza de familia y si tiene beneficiarios o dependientes.

La Jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional ha señalado en diversas oportunidades que: *“En suma, el llamado “retén social” es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta[137]. Además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la **estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia**. Esta medida de protección especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación. (...).”* (Resaltado propio).

¹⁶Parágrafo del Artículo 2° de la Ley 1232 de 2008. *“La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.”*

¹⁷Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4. Calidad de prepensionado.

La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el estatus pensional, es un postulado constitucional, tendiente a garantizar que sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos o vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y sin perjuicio del derecho preferencial al encargo que le asiste a los servidores de carrera. Circunstancia que tiene génesis en la condición de sujeto "pre pensionado", la cual resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten 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.

Su condición se acreditará a través de la verificación con el fondo de pensiones en que se encuentre afiliado el servidor(a) que en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez y con la constancia escrita en tal sentido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las Convocatorias 806 a 825 adelantadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil datan del año 2018, es preciso señalar que de conformidad con la Circular No. 20191000000097 expedida el 28 de junio de 2019, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁸, se dispuso:

"2. Aplicación del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 según la vigencia de la ley en el tiempo

En su integridad el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 rige hacia futuro, es decir solo es aplicable a los procesos de selección que sean aprobados por la Sala Plena de la CNSC con posterioridad al 25 de mayo de 2019 por las siguientes razones:

- *El artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 dispone que "rige a partir de su publicación", lo que ocurrió mediante Diario Oficial 50.964 del 25 de mayo de 2019¹⁹.*
- *Teniendo en cuenta las etapas del proceso de selección previstas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial aplicable, el proceso de selección existe jurídicamente desde el momento en que es aprobado por la Sala Plena de la CNSC como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y*

¹⁸Asunto: "Lineamientos para dar cumplimiento al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 "Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

¹⁹De conformidad con lo previsto en los artículos 52 y 53 numeral 1° de la Ley 4 de 1913.

coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta, conducente a la suscripción final del acto que la incorpora y el cumplimiento de los "presupuestos de planeación y presupuestales"²⁰.

- Los procesos de selección aprobados hasta el 25 de mayo de 2019 podrán ser modificados, aclarados o corregidos en cualquier de sus aspectos con posterioridad al momento en que fueron aprobados por la Sala Plena de la CNSC, respetando lo dispuesto sobre la materia en las normas respectivas."

En este mismo sentido, es claro para la fecha de expedición de las convocatorias, la Ley 2040 de 2020, "Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones", no había nacido a la vida jurídica, habida cuenta que esta fue expedida y entró en vigencia en la presente anualidad y, respecto de su artículo 8^o²¹, éste se encuentra sujeto a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, por lo tanto, es claro que rige hacia futuro y no puede preverse su aplicación con efectos retroactivos.

No obstante, dada la garantía de los derechos legítimamente adquiridos por quienes se encuentren en condición de pre pensionados y les hiciere falta le falten 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, es decir; continúan gozando de especial protección constitucional y por ende, exige el desarrollo de las acciones afirmativas a cargo de las entidades y organismos distritales en relación con que sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos o vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y sin perjuicio del derecho preferencial al encargo que le asiste a los servidores de carrera.

Al respecto, la Corte señala: "62. La "prepensión" 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."²² (Destacado al margen del texto).

²⁰Corte Constitucional, sentencia C-183 de 2019.

²¹"ARTÍCULO 8°. Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional."

²²Corte Constitucional Sentencia SU 003 de 2018.

Razón por la cual los servidores provisionales que cuentan con la calidad de prepensionados gozan de la especial protección constitucional antes referida.

5. Empleado amparado con fuero sindical.

Circunstancia particular en la que se encuentra el servidor(a) público (a) y que da lugar al goce de un fuero o amparo de especial protección constitucional en virtud del cual no pueden ser despedidos, trasladados, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, como mecanismo de garantía a la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores.

Su calidad se acredita con la certificación de inscripción en el registro sindical de la junta directiva y/o comité ejecutivo o con la copia de la comunicación de la inscripción al empleador²³.

En relación con la condición de empleado amparado con fuero sindical, la Corte Constitucional ha indicado que: *"...El fuero sindical, conforme a su definición legal, en el artículo 405 del estatuto del trabajo, es la garantía que tienen algunos empleados, en virtud de la cual no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, "sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo". La Carta de 1991 confiere una especial jerarquía a esta figura, que ya no es una institución puramente legal, puesto que se ha convertido en un mecanismo de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. (...)*

Consonante con lo anterior, el artículo 2.3.5.3.2. del Decreto Nacional 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto Nacional 648 de 2017, prevé una acción afirmativa en favor de servidores públicos provisionales con fuero sindical en el sentido de que sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos o vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente, al que venían ocupando, de existir la vacante y sin desmedro del derecho preferencial al encargo de los servidores de carrera.

En lo que se refiere al retiro de servicio de empleados públicos amparados por fuero sindical, la normatividad ha establecido como presupuesto la necesidad de acudir a pedir autorización

²³ Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000) Parágrafo 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador".

judicial; no obstante, el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005²⁴, establece unas excepciones que disponen:

«ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 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.»
(subrayado fuera de texto)

Frente a esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia C -1119 del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, manifestó:

“En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

*En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que **no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes.**” (Énfasis fuera de texto)*

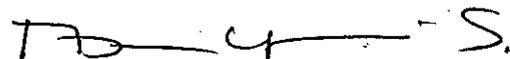
²⁴“Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.”

En línea de lo anterior, es preciso concluir que frente a un servidor(a) que desempeña un cargo en provisionalidad y se encuentra amparado(a) con fuero sindical, **no es necesario acudir a la autorización judicial para retirarlo** tratándose de la aplicación de listas de elegibles derivadas de concursos de méritos realizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), pues las consecuencias jurídicas derivadas de la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección²⁵.

Así las cosas, la protección especial de la cual gozan los servidores nombrados en provisionalidad antes mencionados debe entenderse sin perjuicio del imperativo constitucional (Art. 125 Constitucional) de proveer de manera definitiva los empleos objeto de concurso, con quienes han consolidado la posición meritoria y el derecho a ser nombrados en período de prueba por haber superado satisfactoriamente los procesos de selección meritocráticos realizados por la CNSC.

Debe insistirse sin embargo que de conformidad con la normatividad y jurisprudencia expuesta, las entidades y organismos distritales, deben disponer las medidas administrativas tendientes a garantizar que los servidores provisionales que acrediten una situación de especial protección constitucional o legal según los criterios aquí expuestos y, que con ocasión de los concursos de méritos realizados por la CNSC deban ser separados de los cargos que venían desempeñando, puedan ser los últimos en ser desvinculados o vinculados nuevamente en empleos que se encuentren vacantes y que sean de igual o equivalente jerarquía a los que venían ocupando, esto último, según las condiciones institucionales, la garantía en la prestación de los servicios a su cargo y, sin desmedro del derecho al encargo de los servidores de carrera.

Cordialmente,


MARGARITA BARRAQUER SOURDIS

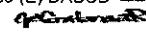
Secretaria General Alcaldía Mayor de
Bogotá D.C.


NIDIA ROCÍO VARGAS

Directora Departamento Administrativo del
Servicio Civil Distrital

Proyectó: Carolina Pulido Cruz - Profesional Universitario - STJ 

Revisó: Julio Cesar Álvarez Velásquez - Subdirector Técnico Jurídico (E) DASCD 

Aprobó: María Constanza Romero Oñate - Asesora Dirección 

²⁵Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de Tutela: STL7254-2017. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno Proceso: T 46998. Accionado: Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo y el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Sincelejo. Accionante: Procuraduría General de la Nación.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 - 90,
Piso 9 Costado Oriental,
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co

