Función Pública

Concepto 029841 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000029841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000029841

Fecha: 27/01/2021 12:57:41 p.m.

Bogotá D. C

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral reforzada – Madre cabeza de familia - entidad del nivel territorial. Radicado: 20219000007982 del 7 de enero de 2020.

En atención a su oficio de la referencia, mediante el cual consulta si era procedente que en su calidad de empleada vinculada mediante nombramiento provisional, se le suprimiera el cargo, dado que laboraba en una entidad el nivel territorial y es madre cabeza de familia, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 a este Departamento Administrativo le compete formular formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni declarar el derecho dado que dicho facultad se encuentra en los Jueces de la República.

No obstante, nos referiremos a las reformas de las plantas de personal, para lo cual la Ley 909 de 2004 modificada por el Artículo 228 del Decreto ley 019 de 2012, establece:

"ARTÍCULO 46. REFORMAS DE PLANTAS DE PERSONAL. <Artículo modificado por el Artículo 228 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

Así mismo, el Decreto 1083 de 2015, establece:

"ARTÍCULO 2.2.12.1. Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

PARÁGRAFO. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ARTÍCULO 2.2.12.2. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.

3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.

5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.

6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

7. Introducción de cambios tecnológicos.

8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.

9. Racionalización del gasto público.

10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este Artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad,

proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 2.2.12.3. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.

2. Evaluación de la prestación de los servicios.

3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos".

De acuerdo con lo normativa anterior, las reformas de plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, de tal forma que las conclusiones del estudio técnico deriven en la creación o supresión de empleos, con ocasión entre otras causas, de fusión, supresión o escisión de entidades; cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad; traslado de funciones o competencias de un organismo a otro; supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones; mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios; redistribución de funciones y cargas de trabajo; introducción de cambios tecnológicos; culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad; racionalización del gasto público; mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios y de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

En consecuencia, si el estudio técnico respectivo derivó en la necesidad de suprimir algunos cargos y/o la creación de otros, dicha circunstancia deberá estar contenida en dicho estudio técnico y se plasmará en los actos administrativos que den cuenta de la modificación de la planta de personal, en los que, en todo caso, se deberán atender las normas de carrera administrativa.

Ahora bien, en los términos del Artículo 44 de la Ley 909 de 2004, los empleados públicos de carrera administrativa, que se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

De conformidad con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica en el presente caso el empleo al cual se refiere y que viene desempeñando con carácter provisional podrá ser suprimido con motivos de la reforma o reestructuración de la planta de personal, si así lo recomienda las conclusiones del respectivo estudio técnico por necesidades del servicio o por razones de modernización de la administración.

En caso de ser suprimido dicho cargo, quien lo viene desempeñando con carácter provisional quedará retirado del servicio sin derecho a indemnización ninguna, puesto que los únicos empleados que les asiste derecho a ser incorporados, reincorporados o indemnizados en empleos iguales o equivalentes, como consecuencia de la supresión de su cargo por la reforma y modificación de la planta de personal son los empleados de carrera administrativa.

De otra parte, en cuanto a la protección especial a la madre cabeza de familia, esta se encuentra consagrada en la Ley 790 de 2002,

reglamentada por el Decreto 190 de 2003, establecida bajo la figura del «retén social», disponiendo que no puede ser retirado del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración pública, entre otros, aquella persona que tenga la calidad de madre cabeza de familia, entendida como «la mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada».

De conformidad con lo anterior, la Ley 790 de 2002 y sus decretos reglamentarios, establecieron las bases de estabilidad y protección para las madres cabeza de familia, siempre y cuando el retiro se vaya a producir dentro de un proceso de reestructuración de una entidad pública, es decir, cuando sus empleos van a ser suprimidos.

Ahora bien, es necesario mencionar que la figura del «Retén Social» es aplicable en las entidades del orden territorial, que se encuentren en procesos de reestructuración, tal y como lo señala por la Corte Constitucional en Sentencia T – 353 de 2010[1]:

1.5. Del mismo modo, esta Corte ha indicado que las normas que regulan la especial protección que la Carta Política otorga a determinados grupos vulnerables de la población en procesos de reestructuración administrativa que tienen la calidad de servidores públicos que hacen parte de entidades del orden nacional, es igualmente predicable de aquellos trabajadores de la administración que prestan sus servicios en entidades del sector territorial. En efecto, en sentencia T-1031 de 2006, el Tribunal Constitucional señaló cuanto sigue:

"6. Así las cosas, para la Sala no cabe duda que si bien es cierto la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, no lo es menos que las entidades territoriales que deciden modernizar, actualizar y modificar las plantas de personal también deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa normativa. Luego, se concluye que en aplicación directa de los Artículos 1º, 13, 25, 43 y 44 de la Constitución, los beneficios previstos en el Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, también se aplican a los trabajadores de las entidades de la rama ejecutiva del sector territorial".

1.6. En conclusión, los servidores públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón del llamado retén social. Este amparo (i) se prolonga hasta el momento en que se extinga definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate y; (ii) es otorgable en similares condiciones a los servidores públicos que estén vinculados con la administración en el orden territorial." (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, atendiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, los servidores públicos que sean madres cabezas de familia gozan de una estabilidad laboral reforzada, siempre que la entidad en la que se encuentren vinculados, esté adelantando un proceso de reestructuración.

Frente a la estabilidad laboral de empleados vinculados en provisionalidad el Decreto 1083 de 2015, señala:

ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, refirió:

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, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

"(...)"

Estos 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. (Negrita y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por causales disciplinarias, baja evaluación del desempeño, por razones referentes al buen servicio o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 125 de la Constitución Política, «la estabilidad laboral en los empleos públicos, es derecho exclusivo de quienes han superado el respectivo concurso de méritos», es decir, de quienes tienen derechos de carrera administrativa.

No obstante, a fin de proteger en este caso a las madres cabeza de familia en los procesos de modernización del Estado como la reestructuración, la Corte Constitucional en sentencia T-700 de 2006, consideró:

4.1. Ha sostenido esta corporación en varias oportunidades[1] [17], que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supra legal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el Artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino también de la especial protección contenida expresamente en el Artículo 43[2] [18] Superior que determina la obligación del Estado de apoyarlas de manera especial, en consideración a la difícil situación a la que deben enfrentarse al asumir de forma solitaria las tareas de crianza y de sostenimiento de sus menores hijos.

Dentro de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para proteger de manera efectiva a la madre cabeza de familia se encuentra la Ley 82 de 1993[3] [19] que inicia por definirla como "aquella mujer que siendo soltera o casada, tiene 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 compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar."

4.2. Ahora bien, por expreso mandato constitucional, en los procesos de reforma institucional existe la obligación del Estado de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres cabeza de familia en sus empleos. Lo anterior obliga a las entidades públicas a adoptar medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de la madre, y por la garantía de que de manera continuada pueda seguir sosteniendo a sus menores hijos o a aquellas personas que dependen económica o afectivamente de ella[4] [20].

En materia de protección laboral reforzada para la madre cabeza de familia, la Ley 790 de 2002 ha previsto el denominado "reten social", figura que se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional. En relación con esta institución, señaló la Corte en su sentencia C-1039 de 2003[5] [21]:

El objeto de la ley 790 de 2002, es renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

(...) (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, las madres cabeza de familia tienen una estabilidad reforzada frente al resto de los empleados en los procesos de reestructuración de las entidades públicas y, por lo tanto, las entidades públicas en los procesos de reestructuración deben adoptar acciones afirmativas encaminadas a la protección de los derechos de las que son titulares las madres cabeza de familia, de manera que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por la estabilidad en el empleo de las mismas.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica en el presente caso el empleo al cual se refiere y que venía desempeñando con carácter provisional podrá ser suprimido con motivos de la reforma o reestructuración de la planta de personal, si así lo recomienda las conclusiones del respectivo estudio técnico por necesidades del servicio o por razones de modernización de la administración.

Así mismo, en la medida de lo posible, la administración debe permitir que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Carlos Platín

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

12802.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ver sentencias C-184 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa y C-964 de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis,

C-044 de 2004, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, entre otras.

2. El artículo 43 de la Constitución dispone: «La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia»

3. «Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia»

4. Ver Sentencia SU-388 de 2005, magistrado ponente Clara Inés Hernández Vargas.

5. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra en esa oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión madres en la redacción del artículo 12 de la Ley 790.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:32:17