



Concepto 089211 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000089211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000089211

Fecha: 23/02/2022 05:50:09 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: RETEN SOCIAL- Aplicación. Madre y Padre cabeza de familia. Radicación No. 20229000074362 de fecha 08 de Febrero de 2022.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

"PRIMERO. TENER UN PADRE O MADRE CON ALGUNA DISCAPACIDAD DA EL ESTATUS DE MADRE O PADRA CABEZA DE FAMILIA

SEGUNDO. TIENE ALGUN FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL (PRESTACION DE SERVICIOS) CUANDO LA PERSONA SE VINCULA A UNA ENTIDAD PÚBLICA POR MEDIO DE UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y EL CONTRATSITA TIENE HIJOS MENOS DE EDAD E INCLUSO CON DISCAPACIDAD.

TERCERO, QUE ES EL RETEN SOCIAL

CUARTO COMO SE ACREDITA TENER LA CONDICION DE MADRE O PADRE DE CABEZA DE FAMILIA"

Me permito manifestarle:

Es pertinente advertir que, una vez revisadas las normas atenientes al tema objeto de consulta, se establecen los casos específicos en que opera la figura de retención social, que de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 790 de 2002, cita :

"ARTÍCULO 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley".

De conformidad con la norma, en el marco del programa de renovación de la administración pública, se prohíbe retirar del servicio a las mujeres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, los servidores y las personas que estén en calidad de prepensionados.

Por su parte, el Decreto 190 de 2003, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002, expone:

"Artículo 1º. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

1.3 Madre cabeza de familia sin alternativa económica: 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.

(...)

ARTÍCULO 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres 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 1º del presente decreto."

Subraya nuestra

Adicionalmente el Decreto 1083 de 2015, Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, frente al mismo tema, contempla lo siguiente:

"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 2.2.12.1.1.1 del presente decreto."

Conforme a la normativa anterior, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida en que para efectos de acceder al beneficio, el servidor público debe demostrar tal condición, y la entidad, deberá verificar que así sea.

Frente a la extensión de ésta figura de reten social a los padres cabeza de familia la Corte Constitucional en Sentencia SU 389 del 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, manifestó lo siguiente: "Cuanto se lleva dicho permite concluir que las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados. Vale decir, el fundamento de la protección debe ser el Artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia, sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento."

En la misma jurisprudencia esta corporación, señaló lo siguiente en lo referente al status de padre y madre cabeza de hogar, teniendo en cuenta el carácter extensivo que predica la norma hacia estos, así:

"También el Decreto 190 de 2003, que reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, consagra el siguiente enunciado: "madre cabeza de familia sin alternativa económica" se entiende "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".

Si extrapolamos tales definiciones al padre cabeza de familia, tendríamos de entrada que sostener que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status, a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas, pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieren para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) *Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del Artículo 2 de la Ley 82 de 1993: "esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que, por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo." (Subraya fuera de texto)*

En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el Artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas".

De lo analizado anteriormente y para dar respuesta su interrogante uno y cuatro en criterio de esta Dirección Jurídica las condiciones para acreditar la condición de madre cabeza de familia será tener 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 por otra parte de lo observado por la Corte, se colige que en el caso de los hombres que reclame el status de padre cabeza de familia debe demostrar ante las autoridades competentes, lo siguiente:

1. Que sus hijos propios, menos o mayores discapacitados estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas.
2. Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera permanente, ésta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que medicamente requieran de la presencia de la madre.

Respecto a su segundo interrogante el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

El Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993 - en su Artículo 32 se refiere al Contrato Estatal y a sus diferentes modalidades. Frente al contrato de prestación de servicios prevé:

ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...) 3. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."

Así las cosas, y para dar respuesta a su consulta, como quedó establecido en el Artículo 12 de la Ley 190 de 2003, esta Dirección Jurídica considera que la calidad de madre o padre cabeza de familia es predicable de personas vinculadas laboralmente bien con entidades u organismos de derecho público o bien con empresas del sector privado, lo cual supone que dicha eventual protección no sería aplicable a aquellas personas que aduzcan tener la calidad de madre o padre cabeza de familia y con quienes se haya celebrado o se pretenda celebrar contratos de prestación de servicios, al tenor de lo contemplado en el numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, para dar respuesta a su segundo interrogante la figura del retén social no es aplicable a los contratistas por prestación de servicios al no estar dentro de los destinatarios de la figura del retén social.

Frente a su tercer interrogante como se analizó, la Figura del Retén Social, es un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida que de conformidad con lo señalado en el Artículo 13 del Decreto 190 de 2003, para efectos de acceder al beneficio, la entidad se debe encontrar en proceso de rediseño institucional y el servidor público debe demostrar una condición especial; por su parte, la entidad deberá verificar que se presente tal condición.

De igual forma, el empleado o la empleada interesada, debe acreditar cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:13:02