



Función Pública

Concepto 003181 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000003181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000003181

Fecha: 03/01/2024 01:01:01 p.m.

Bogotá D.C

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Temporales o Transitorios. Radicado. 20239001048942 del 27 de noviembre de 2023.

“Dentro de la Alcaldía de Puerto Gaitán, se creó una planta temporal mediante Decreto No 0187 del 15 de junio de 2023, por el termino de 6 meses sin superar 31 de diciembre de 2023, posteriormente se nombró a la señora (SIC), mediante Decreto No 0198 del 22 de junio de 2023, en el cargo profesional universitario código 219 grado 01, posesionada el día 26 de junio de 2023, con fecha de terminación 25 de diciembre de 2023. El día 22 de noviembre de 2023, allegó a la Oficina de Recursos Humanos, comunicado informando, que a la fecha se encuentra en estado de embarazo, por tanto, se genera la siguiente pregunta:

la funcionaria de planta temporal en estado de embarazo, cuenta con Estabilidad Laboral Reforzada?, teniendo en cuenta que no ha habido prorrogas de dicha planta.

¿En caso de contar con Estabilidad Laboral Reforzada, se debe incluir en la Planta Definitiva o cubrir las prestaciones sociales hasta terminar su licencia de maternidad?”

Se da respuesta en los siguientes términos.

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, se debe iniciar indicando que sobre las plantas temporales en las entidades u organismos públicos que se rigen por el sistema general de carrera, la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 21 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a). *Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b). *Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c). *Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d). *Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.*

La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.(...)” (Subrayado nuestro)

El Decreto 1083 de 2015², frente al particular señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.1 Definición. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el ARTÍCULO 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento...”

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia con Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00087-00(1475- 06) del 19 de junio de 2008, Consejero Ponente: Jaime Moreno García, señaló:

“Como puede observarse, la ley 909 de 2004 estableció como nueva categoría la del “empleo temporal o transitorio”, una figura excepcional que sólo puede originarse bajo una de las siguientes circunstancias: para cumplir funciones que no realiza el personal de planta porque no forman parte de las actividades permanentes de la entidad, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo siempre y cuando esté originada en hechos excepcionales, y para desarrollar labores de Consultoría y Asesoría Institucional, de duración total no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

A su vez, la misma norma, en sus numerales 2 y 3, determina que debe justificarse la creación de estos cargos con motivaciones técnicas en cada caso e igualmente existir la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Definido lo anterior, el ingreso a estos empleos, se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carácter permanente y, si ello no es posible, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos.

En relación con el término de vigencia del nombramiento en un empleo temporal, dispone el decreto 1227 de 2005 que se determinará en el acto nombramiento por el tiempo definido en el estudio técnico (art. 1) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2, art. 4) lo cual resulta armónico con la citada ley 909 de 2004, cuando expresa que la justificación para crear este tipo de cargos, deberá contener la motivación técnica y la apropiación y disponibilidad presupuestal.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que en términos del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, los organismos y

entidades regidos por el sistema general de carrera, según sus necesidades, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorios, siempre y cuando se cumpla las condiciones allí señaladas, entre ellas, cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; desarrollar programas o proyectos de duración determinada; suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Es preciso señalar que la planta de empleos temporales procede de manera excepcional y tiene su razón de ser en el estudio técnico que se elabore para el efecto, atendiendo las necesidades del servicio, se creará por el tiempo determinado en el estudio, que se podrá prorrogar en el caso que subsista la necesidad institucional o cuando los programas o proyectos no se puedan culminar en el tiempo inicialmente proyectado.

En consecuencia, como quiera que el término de duración de la planta temporal será el establecido en el correspondiente estudio técnico y lo consagrado en los correspondientes actos de nombramiento, cada entidad u organismo público deberá determinar sus necesidades institucionales y a partir de allí decidir si requiere o no prorrogar una planta temporal de empleos, dicho análisis es propio de cada entidad.

Ahora bien, sobre el tema de retén social la Ley 790 de 2002³, consagra:

“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.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003). (Subrayas fuera del texto)

Así mismo, sobre protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, el Decreto 1083 de 2015 indica:

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:

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.

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.

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.” ([sic] debe entenderse que la referencia correcta es el artículo 2.2.12.1.1.1 del presente decreto.) (Subrayas fuera del texto)

Con fundamento en lo expuesto, la ley ha otorgado un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección, tales como las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que tienen la calidad de pre pensionados, es decir, que le faltan menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión (edad y/o tiempo de servicios). 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.

Por otro lado, de acreditarse cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002, el Decreto 190 de 2002⁴ y el Decreto 1083 de 2015, la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de esta clase de servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta, entendiéndose madres o padres cabeza 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, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

También es necesario mencionar que la figura del “Retén Social” es aplicable en las entidades del orden territorial, que se encuentren en procesos de reestructuración o liquidación, tal y como lo señala por la Corte Constitucional en Sentencia T-353 de 2010⁵, así:

“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 1, 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.” (Destacado fuera del texto)

En este orden de ideas, la protección del Retén Social sólo cubija a los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad ya descritos, vinculados en entidades Estatales que se encuentren en proceso de reestructuración, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, o liquidación, siempre y cuando se reglamente dentro de la entidad la aplicación de este beneficio.

En ese sentido, y para responder le tema objeto de consulta, como quiera que para el presente caso no se trata de un programa de renovación de la administración pública o una reestructuración o liquidación de la entidad, sino de la finalización del término de una planta temporal, no es aplicable para los servidores públicos a quienes se les termine el nombramiento por causa de la terminación de dicha planta temporal el retén social, toda vez que esta figura se estableció en el marco de rediseño institucional; es decir, en la planta permanente de la entidad.

Por lo tanto, el retiro del servicio se da como consecuencia de la terminación de duración de la planta temporal, sin que las normas sobre retención social otorguen protección para el caso de terminación de la planta temporal.

Ahora bien, para desvincular a la empleada de la entidad pública, se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter temporal, se deberá realizar el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad, garantizando la provisión de las sumas de dinero de las prestaciones que garanticen el disfrute de su licencia de maternidad.

Finalmente, se indica 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero.

Aprobó: Armando López Cortés. .

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República

"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002".

Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional; Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. - Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diez (2010).

Fecha y hora de creación: 2025-02-17 19:06:57