



Concepto 17881 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000017881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000017881

Fecha: 22/01/2020 10:36:17 a.m.

Bogotá D. C

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleado provisional. De quien es la responsabilidad de acreditar la condición de protección especial de un empleado nombrado en provisionalidad que presenta una enfermedad asociada a crisis convulsivas [epilepsias postra-una craneoencefálico](#), es desplazado por la violencia y responde económicamente por dos hijos. Radicado: 20192060008212 del 8 de enero de 2020.

De acuerdo con la solicitud de consulta en referencia, en donde expone que, un empleado nombrada en provisionalidad en una entidad que se encuentra adelantando un proceso de selección por concurso de méritos para la provisión de cargos en carrera administrativa, cómo acredita su condición de protección especial por presentar una enfermedad asociada a crisis convulsivas [epilepsias postra-una craneoencefálico](#), es desplazado por la violencia y responde económicamente por dos hijos, me permito manifestarle lo siguiente:

EL ARTÍCULO 125 de la Constitución Política establece que la regla general es que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Así mismo, dispuso que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará a través de la demostración del mérito.

El Decreto 1083 de 2015 en el párrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 establece lo siguiente en lo referente al orden para la provisión de empleos de carrera:

"PARÁGRAFO 2°. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

3. Ostentar la condición de 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". (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Bajo ese entendido, una vez se conozca la lista de elegibles de los que han superado el concurso de méritos con un número menor de aspirantes a los cargos ofertados, y el cargo del empleado nombrado en provisionalidad tenga que ser provisto definitivamente, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirarlo del servicio, se tendrá que tener en cuenta el orden de

protección, situándose en el primero y segundo numeral la condición que expone encontrarse.

Es pertinente advertir que, una vez revisadas las normas atinentes al tema objeto de consulta, se establecen los casos específicos en que opera la figura de retención social, sin regularse frente a este último el de ser desplazado por la violencia.

De acuerdo a lo preceptuado en la Ley 790 de 2002 "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," señala lo siguiente sobre la figura de retención social dentro de la Administración Pública:

"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".

Es por esto que, en el marco del programa de renovación de la administración pública, prohíbe retirar del servicio a las mujeres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores y las personas que estén en calidad de prepensionados, por cumplir con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación.

Teniendo en cuenta que usted expone en su consulta que responde económicamente por dos hijos, frente a la extensión de ésta figura de retención social a los padres cabeza de familia la Corte Constitucional se pronunció con 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 ésta corporación, señalo lo siguiente en lo referente al hombre que reclame el status de padre cabeza de hogar, teniendo en cuenta el carácter extensivo que predica la norma hacia éstos, 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 requieran 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 párrafo 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 observado por la Corte, se colige que el hombre 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, mentalmente 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.

Por otro lado, usted expone que presenta una patología asociada a crisis convulsivas epilepsias postra- una craneoencefálico, teniendo en cuenta las normas que se han dejado expuestas, uno de los eventos en que opera la figura de retención social, es por presentar una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, frente a la primera en Resolución expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social la define como:

“ARTICULO 16. ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTROFICAS. Para efectos del presente decreto se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”.

Para concluir que, las enfermedades ruinosas o catastróficas, son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento, y tendría que valorar la Administración si su patología puede considerarse dentro de esta categoría, no obstante, es de considerar que la norma presenta como segunda opción el presentar algún tipo de discapacidad.

Como forma de advertencia, en ningún caso se está señalando que el orden de protección se aplique cuando la lista de elegibles, resultante del concurso esté conformada por un número mayor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer. Por tanto, los empleos vacantes deben

proveerse con la lista de elegibles en estricto orden de mérito.

En sentencia SU 917 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, considero lo siguiente en lo referente al acto administrativo que declara el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad: (...)“Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”. 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”.

De acuerdo con lo considerado por la Corte, el principio de “razón suficiente” debe declararse dentro del acto administrativo que declara insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad, en donde deben constar circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide removerlo, estableciendo constitucionalmente admisible su desvinculación con el argumento puntual como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

A partir de lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica y para dar respuesta a su pregunta en concreto, según el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1232 de 2008, establece que la condición de madre o padre 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.

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.

Atentamente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:37