



Función Pública

Concepto 394241 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000394241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000394241

Fecha: 02/11/2021 07:47:42 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Terminación del nombramiento en provisionalidad – Supresión del cargo ocupado por persona en condición de discapacidad. RAD. [20212060631542](#) de fecha 20 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre el procedimiento para terminar la relación laboral de una persona en condición de discapacidad, cuando ocupa un cargo en provisionalidad, al presentarse una reestructuración administrativa de una entidad pública y que derechos tendría dicha persona por su condición, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, el Decreto Ley [019](#) de 2012, dispuso lo siguiente con respecto a la modificación y estructuración de las plantas de personal, a saber:

"ARTÍCULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL. Modifíquese el artículo 46 de la Ley [909](#) de 2004, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. 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 razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo 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." (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la normativa anteriormente transcrita, se tiene que, las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la

Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo 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, derivando en la creación o supresión o de empleos, para su caso de consulta.

Así mismo sobre la reestructuración, reforma o modificación de planta de personal, el Decreto 1083 de 2015, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.12.2 Motivación de la modificación de una planta de empleos. 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 Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. 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.”

A partir de lo anterior, las reformas de plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, los cuales estarán sustentados bajo estudios técnicos que así lo demuestren, que de acuerdo a las conclusiones o resultados derive en la creación o supresión de empleos, con ocasión a las causas citadas anteriormente en el artículo 2.2.12.2 del Decreto 1083 de 2015.

De manera que, para el caso de la modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público de cualquier orden, los estudios que los soporten 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 ese sentido, y atendiendo puntualmente su consulta, en llegado caso que de los estudios anteriormente citados arroje la supresión de empleos que se encuentran provistos mediante nombramiento provisional, con respecto al acto administrativo con razones de decisión que debe preferir la administración para su desvinculación, el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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”

En la materia, la honorable Corte Constitucional mediante sentencia consideró lo siguiente con respecto a la necesidad de motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado vinculado mediante nombramiento provisional, en los siguientes términos:

“4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo, esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera

(Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo.” (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la jurisprudencia y precepto normativo expuesto, como quiera que los empleados provisionales gozan de “un cierto grado de protección”, este consiste únicamente en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera dispuestas en el artículo 125 constitucional.

Este el último aparte constitucional, dispuso en su inciso 4° frente al retiro de los empleados que prestan sus servicios en los órganos y entidades del Estado que, obedecerá igualmente por las demás causales que se encuentren previstas en la Constitución o la ley, para lo cual la Ley 909 de 2004, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

l) Por supresión del empleo”

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 228 del Decreto 019 de 2012, es procedente que dentro de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden territorial se adelanten reformas de las plantas de personal, motivadas y fundadas en la necesidad del servicio o en razones de modernización de la Administración, y las conclusiones de dicho estudio podrán resultar en la decisión de suprimir empleos, toda vez que se entenderá que dicha decisión se encuentra prevista dentro del marco del interés general, el cual se encuentra encaminado a permitir una mayor eficacia y eficiencia de la función pública, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos.

Por lo tanto, aquellos empleados a los cuales posteriormente del respectivo estudio para la reforma de personal, arrojó suprimir los empleos que ocupaban mediante nombramiento provisional, será procedente su retiro del servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el empleado que usted relaciona en su consulta se encuentra en condición de discapacidad, con respecto a la figura de retén social de los empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, es pertinente abordar la Ley 790 de 2002, que consagra lo siguiente:

““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).” (Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, dispone lo siguiente frente a los destinatarios de la protección especial contemplada en la ley citada de precedencia, a saber:

“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.” (Subrayado fuera del texto original)

De la normativa transcrita, se tiene entonces que la ley ha dispuesto para aquellos empleados públicos que se encuentren en situación de protección especial un amparo especial, no siendo absoluto, toda vez que se dará su aplicación en la medida que, para efectos de acceder al beneficio, el servidor público demuestre su condición, y la entidad, verifique la misma.

Esta protección especial dispuesta en la Ley 790 de 2002, y el Decreto 1083 de 2015, se entiende que es para aquel empleado público en debilidad manifiesta por acreditar como para el presente asunto, una limitación física, mental, visual o auditiva, direccionada para aquellas entidades que se encuentren en desarrollo de reestructuración o liquidación, procesos en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, debiendo asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta inclusive, cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Es importante advertir que la protección especial del Retén Social se aplica a todos los programas de renovación de la Administración Pública del Estado Colombiano, a las entidades en liquidación o reestructuración.

Para dar claridad a su situación en concreto, es pertinente traer a su conocimiento sentencia proferida por la Corte Constitucional, en la cual consideró lo siguiente frente a las restricciones de la estabilidad laboral que se deriva del “retén social”, a saber:

“(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado “retén social” pueden ser desvinculados siempre que exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; y

(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del “retén social” se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.

En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”. De esta manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público.

(...)

50. No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del “retén social” “sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla”. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del “retén social”. (Negrilla original, Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, de conformidad a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional y normativa expuesta, para el presente asunto, es importante tener claro las restricciones con que cuenta la figura del “retén social”, puesto que en los términos de esta alta corporación, esta figura no puede entenderse a manera de la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que constitucionalmente debe armonizarse con los principios de la función administrativa que justifican como en este caso, la reestructuración de una entidad pública.

Es así como, y para dar respuesta a su consulta en concreto, la norma contempla la posibilidad de aplicar la estabilidad laboral reforzada para aquellos empleados que ocupen en provisionalidad empleos de carrera administrativa, en la medida de que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan otorgarla, esto es, que la entidad prevea mecanismos para garantizar que esta persona en condición de discapacidad de ser posible, de los empleos vacantes de carrera que arrojó el estudio de la reestructuración administrativa, sea nombrada con carácter provisional, siempre

que sea de la misma jerarquía del que venía desempeñando.

Si la entidad no cuenta con empleos de carrera vacantes de la misma jerarquía del empleo del cual era titular el empleado provisional en condición de discapacidad, pueden ser desvinculados, siempre que se justifique la justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada.

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

Proyecto: Jose Nelson Aarón M.

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

2

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública"*

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

3. Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

4. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 17 de enero de 2008, Sentencia T-007/08, [MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa]

5. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*

6. Corte Constitucional, Sala Plena, 18 de noviembre de 1994, Sentencia No. C-527/94, Consejero Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

7. "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"

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

9. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 05 de marzo de 2018, Referencia: Expediente T-6.351.900., Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:16:22