



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

GESTIÓN PÚBLICA DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL
ADM. SERVICIO CIVIL DISTRITAL 08-09-2016 03:41:36

Departamento Administrativo del Servicio Civil

Al Contestar Cite Este Nr.:2016EE1847 O1 Fol:1 Anex:0

ORIGEN: SUBDIRECCION TECNICA/VARGAS ACHE HERNANDO

DESTINO: /

ASUNTO: ER 1583 DE 2016 RETIRO DEL SERVICIO EMPLEADOS DE L

OBS: N/A

S. T.
Bogotá D.C.

Bogotá

Asunto: Respuesta radicado No. 2016 E-R 1583 / Solicitud Concepto sobre retiro del servicio empleados de libre nombramiento y remoción en aplicación del Reten Social

Mediante el asunto de la referencia, se allegó a este Departamento el día 12 de mayo de 2016, su solicitud de concepto, en la que pone de presente las situaciones que se transcriben textualmente a continuación:

I. ENTORNO FACTICO

"¿1. ¿Los empleados que se encuentran vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción en las Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaria de salud de Bogotá, D.C., objeto de la reorganización y fusión del Sector Salud y que se consideren padres cabeza de familia, están o no amparados bajo la protección laboral establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, denominada Reten Social? 2. ¿Qué calidades o condiciones deben reunir los padres cabeza de familia para ser beneficiados de dicha protección laboral, "Retén Social?"

II. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Ley 790 de 2002

"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".

La Corte Constitucional, sobre la aplicación del Retén Social a los empleados de libre nombramiento y remoción, mediante sentencia T-862 de 2009, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, señalo lo siguiente:

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.

(...)

En conclusión, el "retén social" constituye una garantía de estabilidad laboral dirigida a las madres y padres cabeza de familia, las personas en condición de discapacidad y los servidores públicos a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002. Lo anterior, no indica que sea una protección absoluta, sino que los destinatarios de la misma deben reunir unos requerimientos básicos para hacerse acreedores de la garantía que ofrece esta figura, y así solo podrán ser desvinculados en presencia de una justa causa.

(...)

Frente a los empleados públicos nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional en Sentencia T-802/12 señaló:

"Procedencia del beneficio de "retén social" ante los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento remoción.

Este Tribunal ha reiterado que no existe fundamento alguno que sustente la distinción de los destinatarios del "retén social", según ocupen cargos de vocación permanente o transitoria, entendiéndose cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad. Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se torna discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones, entre otros.

Así las cosas, como quiera que las supresiones de cargos o terminaciones de relaciones laborales producto de un proceso de renovación de la administración pública, no se adelantan en ejecución de la facultad discrecional del nominador, indiscutiblemente deben valorarse los conceptos emitidos como consecuencia del estudio técnico de que trata la Ley 790 de 2002, así como las condiciones específicas del trabajador y los principios del Estado Social de Derecho.

En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada en el "retén social" durante los procesos de renovación de la administración pública."

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

Esta misma corporación, en Sentencia T-835/12 señaló:

"El retén social consiste en que ciertos sujetos tendrán una estabilidad laboral reforzada de modo que se mantendrán en sus cargos hasta que finalice el proceso de liquidación, o se presente la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho procedimiento. No obstante, la Corte ha advertido que el retén social no es una garantía absoluta, pues cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, además que pueden ser desvinculados de la empresa cuando exista Justa causa. La ley 812 de 2003 estableció que el retén social podía ser aplicado hasta el 31 de enero de 2004. Empero, en la sentencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional consideró que esos límites no se ajustan a la Constitución Política, pues los mandatos superiores que dan origen al denominado retén social no se agotan en una fecha específica, y por lo tanto deben ser aplicados mientras se extienda el programa de renovación administrativa del Estado. Los titulares de la garantía mencionada son: i) las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva; y iii) las personas próximas a pensionarse. En esta ocasión la Sala se referirá únicamente a la hipótesis de las madres cabeza de familia".

(Subrayado nuestro).

En este mismo sentido, la Corte en Sentencia T-716/13 sostuvo:

"La Corte ha advertido que los sujetos de especial protección constitucional están investidos de un fuero de estabilidad laboral reforzada que exige en el caso de la administración oficial, la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción. En este tema, la jurisprudencia ha sido cuidadosa al señalar que lo anterior no significa de ninguna manera, que no se pueda ejercer la facultad para el retiro de los servidores que ejercen los empleos en los que el nominador cuenta con mayor discrecionalidad para realizar el despido, sino que, en el caso especial de los sujetos que están investidos de especial protección constitucional, dicha discrecionalidad, debe acompañarse con las especiales consideraciones que envuelve la situación del sujeto de la medida administrativa. Razones por las que su potestad de remoción no puede acudir simplemente a argumentos genéricos y difusos acerca de la justificación de la decisión, pues esta debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares, (iii) cierta y (iv) concurrente al acto que origina el despido.

Para la Corte resulta claro que, en el caso del demandante, pese a que en su momento ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, no era procedente su despido a través de un acto inmotivado, pues existía la obligación para el empleador de señalar las razones de su desvinculación, en observancia de su especial situación como padre cabeza de familia. Por las anteriores razones se encuentra que el despido del accionante vulnera sus derechos como sujeto de especial protección constitucional, y en consecuencia los de su familia como destinataria de los efectos que irradia el fuero subjetivo, razón por la que el amparo resultaba procedente de forma definitiva y por lo que debía ordenarse el reintegro del accionante".

III. ANALISIS Y CONSIDERACIONES

Los antecedentes expuestos dan a conocer el entorno legal y jurisprudencial del caso objeto de consulta y con fundamento en ello este Departamento brinda como

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS



insumo orientador de la actuación administrativa que en esta materia se deba adelantar, las siguientes conclusiones:

1. Que aunque el texto de la Ley 790 de 2002, circunscribe el retén social al Programa de Renovación de la Administración Pública, del análisis conjunto de sus disposiciones y los pronunciamientos del Alto Tribunal Constitucional, se infiere claramente la protección reforzada es de rango constitucional para determinados grupos vulnerables, y por ello, se hace extensiva a los empleados que se encuentran vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando posean una de las calidades que distinguen a este grupo.
2. Que con la figura del Reten Social, el Estado busca garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familias a través de una protección especial, que implica que en el marco de los procesos de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual se pueda llegar a vulnerar el derecho al mínimo vital al trabajo frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, estas personas deben ser protegidas, con la estabilidad en sus empleos.
- 3.
4. Que de acuerdo con los criterios esbozados por la Corte Constitucional mediante las Sentencia T-835 de 2012 *"(...) el retén social no es una garantía absoluta, pues cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, además pueden ser desvinculados de la empresa cuando exista justa causa."*
5. Finalmente, cabe señalar que, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, el amparo laboral especial contemplado en la Ley 790 de 2002, se deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política, entre ellos, el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables, luego, sin que importe si una institución hace parte o no del Plan de Renovación de la Administración Pública, como en el subjúdice, le son absolutamente vinculantes los mandatos constitucionales relacionados con la protección reforzada, así como la obligación de implementar medidas especiales de protección.

1. IV. REGUNTAS Y RESPUESTA

Teniendo en cuenta la normatividad traída a colación y en el orden por usted planteado, nos permitimos absolver la consulta así:

1 ¿Los empleados que se encuentran vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción en las Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaria de salud de Bogotá, D.C., objeto de la reorganización y fusión del Sector Salud y que se consideren padres cabeza de familia, están o no amparados bajo la protección



laboral establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, denominada Reten Social?

De conformidad con la jurisprudencia anterior, es clara la intención del legislador consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, de proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el Reten Social se aplica para los procesos de reestructuración, independientemente si es del orden Nacional o Departamental, es así, que en los cargos de libre nombramiento y remoción no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. El aspecto central de este tópico consiste en que, para determinados grupos de funcionarios, **como madres y padres cabeza de familia**, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

Por lo anterior, los empleados públicos que se encuentren vinculados a la Administración en un empleo de libre nombramiento y remoción, deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad respetando los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento³.

2. ¿Qué calidades o condiciones deben reunir los padres cabeza de familia para ser beneficiados de dicha protección laboral, “Retén Social”?

La Administración debe entrar a considerar las garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que los ejercicios de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección puedan llegar a verse conculcados.

Adicionalmente, por tratarse de una figura de arraigo constitucional según las Sentencia T- 186 de 2013, y dado a que cada situación de empleo es diferente, la entidad empleadora debe realizar una valoración objetiva, razonable y proporcional con los fines constitucionales respecto a cada caso en concreto y sus respectivas circunstancias particulares, esto, con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de protección especial. Por consiguiente, y, antes de a

W.

³ Sentencia T-862/09 relatoría



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil




tomar una decisión, deben observarse una serie de requisitos propios de la estabilidad laboral reforzada.


Finalmente, en los eventos en que un padre cabeza de familia nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción se encuentre protegido por la figura del retén social, debe cumplir con los siguientes requisitos: **i) que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) que su pareja se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde por incapacidad física, sensorial, síquica o la muerte; y (v) que exista la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar⁴.**

La presente respuesta únicamente constituye un criterio auxiliar de interpretación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5 ° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,


HERNANDO VARGAS ACHE
Subdirectora Técnico

ACCIÓN	FUNCIONARIO	CARGO	FIRMA	FECHA
Proyectado por:	Liudmila Pastor Petrova	Profesional Universitario		20/06/2016
Revisado por:	María Teresa Rodríguez	Subdirectora Jurídica		

Declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales, y por lo tanto, lo presentamos para firma del Subdirector Técnico del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD). 

⁴ Sentencia T-835/12

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**