



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000384071

Fecha: 22/10/2021 04:03:57 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. Personas con limitaciones físicas, auditivas y visuales. **Radicado: 20212060673112 del 20 de octubre de 2021.**

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva la siguiente pregunta:

“Atentamente le solicito emitir concepto jurídico y técnico sobre el caso citado en la referencia y cuyos hechos se enuncian a continuación:

- *El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, ha dado aplicación a la Circular Conjunta No. 025 del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Procuraduría General de la Nación, y el Decreto 2011 de 2017, en lo referente al porcentaje de vinculación de personas con discapacidad.*
- *Atendiendo las mencionadas disposiciones, ha vinculado funcionarios en empleos de libre nombramiento y remoción, con personas en condición de discapacidad.*

Con fundamento en lo anterior, agradezco orientarnos e indicarnos si existe algún tipo de estabilidad reforzada para los funcionarios vinculados en condición de discapacidad” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, consagra:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (...).

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

En este entendido, para los efectos de este concepto, nos pronunciaremos sobre los empleados de libre nombramiento y remoción, quienes, como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional atribuido a la Administración para escoger a sus colaboradores. Esto, debido al ejercicio en cargos de dirección y/o confianza dentro de la respectiva entidad pública; situación por la cual no pueden obtener las mismas prerrogativas, en igualdad de condiciones, dispuestas para los empleados pertenecientes al régimen de carrera. Mientras que los primeros dependen de la facultad discrecional del nominador, sin motivar la decisión, los segundos, sólo pueden ser desvinculados del servicio con base en razones objetivas, como sanciones disciplinarias, calificaciones insatisfactorias u otras causales previstas en la ley. En consecuencia, quienes ejercen cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor en comparación con aquellos que se desempeñan en empleos de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, la Ley 909 de 2004¹ con relación al retiro de estos empleados a través de la declaratoria de insubsistencia, expresa en su artículo 41 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:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Entonces, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio, producto de la facultad discrecional de remoción por parte del nominador, con el propósito de hacer cesar la vinculación del empleo designado. Sobre este punto, es importante acotar que la decisión de retiro de este tipo de empleos procede una vez la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad; tal como lo expresó el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos.

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario².

En otra oportunidad, la misma Corporación reafirmó el concepto anterior, argumentando:

Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los

¹ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

² Sección Segunda, Radicado núm. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.

funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo³.

Posteriormente, dentro de la misma vigencia el Consejo de Estado continua bajo la misma posición frente al retiro de empleados de libre nombramiento y remoción:

En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio⁴.

Por ende, la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción debe obedecer a una necesidad de mejoramiento del servicio en pro del quehacer institucional.

Ahora bien, con respecto al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia de acción de tutela T-312 del 16 de mayo de 2012, interpuesta por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, sostuvo:

3.4 Las personas con discapacidad en los cargos de libre nombramiento y remoción.

(...)

13. Con respecto al ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Aunque la administración pueda aducir la legalidad de su decisión, si con ella se vulnera la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 8 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado núm. 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado núm. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de la situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales.

(...)

Teniendo en cuenta el deber constitucional de protección de los discapacitados, es claro para la Corte que las consideraciones expuestas son plenamente aplicables a vínculos laborales de los cuales se predica una estabilidad precaria, toda vez que por *“la naturaleza de la vinculación, como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional”*. Adicionalmente, este lineamiento puede verse reforzado por dos situaciones particulares: i) que el empleador sea al mismo tiempo una entidad pública, en la medida en la que las autoridades son las primeras llamadas a velar por el cumplimiento estricto de los fines esenciales y sociales del Estado (arts. 1º y 2º superiores); y ii) que las afectaciones de las condiciones de salud del trabajador hubieran obedecido al ejercicio de sus funciones, caso en el cual se incrementa significativamente la responsabilidad y el deber de solidaridad en su protección.

(...)

De acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial, cuando existen motivos ajustados a la Constitución para optar por el retiro de un empleado, la Corte Constitucional le asigna la carga al nominador para que sea este quien descarte que el despido se de en razón de la condición de discapacidad, por lo cual habrá de exponer de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente, las razones que sustentan el despido. Lo cual, debe realizarse con anotación en la hoja de vida del empleado o, si así lo considera, mediante la motivación directa del acto administrativo de despido.

En similar sentido, el Alto Tribunal Administrativo al pronunciarse sobre la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción cuya protección especial deviene de su calidad de prepensionado, afirma:

(...)

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de

causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos facticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales.⁵

Sobre este punto, el Consejo de Estado manifiesta que el argumento de estar próximo a pensionarse no contraria la facultad discrecional para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción la cual, debe adecuarse a los fines legales, buscando armonizar la protección especial del servidor público próximo a pensionarse.

Finalmente, es importante anotar que, en materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002⁶ y el Decreto 190 de 2003⁷ han previsto la figura del "reten social" la cual, se circunscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública del Orden Nacional, situación no aplicable al caso materia de consulta.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicado núm. 050012333000201200285-01 (3685-2013) del 29 de febrero de 2016.

⁶ «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».

⁷ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002».

remoción, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸.

Por consiguiente, la Administración podrá declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en situación de discapacidad, realizando un ejercicio de ponderación.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

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 botón web **Gestor Normativo** puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,



ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón
Revisó: Harold Israel Herreño Suarez
Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

⁸ «**Artículo 44. Decisiones discrecionales.** En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».