



Función Pública

Concepto 161651 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000161651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000161651

Fecha: 28/04/2020 05:48:45 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – ACCIONES JUDICIALES Y/O MEDIOS DE CONTROL – Acción de Repetición. Radicado No. 20202060135602 de fecha 06 de abril de 2020.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si: (i) Goza de estabilidad reforzada un funcionario público de libre nombramiento y remoción por el solo hecho de tener un hijo recién nacido, (ii) Puede hablarse de estabilidad reforzada de un funcionario de libre nombramiento y remoción para él y su hijo cuando se conoce que el recién nacido ha estado protegido por cobertura en salud de su madre cotizante independiente durante todo su periodo de embarazo y (iii) En caso de declarar insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción del nivel directivo y asesor y si posteriormente por vía de tutela se ordenara su reintegro y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, cual es el trámite de este pago?, de qué rubros se cancela este tipo de pago? debe la entidad contra quien se emite la tutela cancelar y posteriormente iniciar acción de repetición contra el funcionario que declaró la insubsistencia; me permito manifestarle lo siguiente:

En relación con el reintegro de un funcionario de libre nombramiento y remoción, por medio de la acción de tutela, es importante mencionar que estos fallos judiciales una vez ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento, sobre el particular el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece en su artículo 27;

ARTÍCULO 27. *Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente

restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Negrilla propia)

Por su parte, sobre la ejecutoria de los fallos judiciales, el Código General del Proceso¹ en el artículo 302 estableció;

ARTÍCULO 302. *Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.*

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

Así las cosas, como primera conclusión tenemos que las autoridades responsables del agravio deben cumplir y en este caso cancelar lo ordenado por la Autoridad Judicial; sobre la acción de repetición corresponde a cada entidad, por medio de su comité de conciliación, determinar si procede o no iniciar la respectiva acción.

En relación con el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción podemos traer de presente las causales de retiro consagradas en la Ley 909 de 2004;

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;

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicione o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(...)

PARÁGRAFO 2°. 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. (Negrillas propias)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, estableció:

ARTÍCULO 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

Atendidas las normas transcritas, cobra importancia el concepto de facultad discrecional que tienen las autoridades administrativas para remover libremente a estos funcionarios; sobre el particular la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-031 de 1995 -2 , manifestó;

“Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.”

Así mismo la Ley 1437 de 2011, preceptuó en su artículo 44;

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.

Se colige entonces, de los apartes normativos y jurisprudenciales que la facultad discrecional es la habilitación que hace la Ley a la administración para adoptar decisiones libres, atendiendo la prevalencia del interés general, sin desconocer los principios de proporcionalidad y finalidad de la Ley.

Ahora bien, Respecto de la estabilidad laboral reforzada para funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia de unificación SU003/18³, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, afirmo;

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor.

(...)

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se

tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de "dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices", de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleos públicos del más alto nivel jerárquico en la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. (Negrilla propia)

De conformidad con lo expuesto por el tribunal de cierre, es claro que los empleados de libre nombramiento y remoción, por regla general no gozan de estabilidad laboral reforzada y en el caso bajo análisis, no se vislumbra alguna situación excepcional, tal como lo es, tener la calidad de pre pensionado o encontrarse en alguna debilidad manifiesta.

Por otra parte, en relación de lo que podríamos llamar *fuero de paternidad*, la misma Corte en sentencia C-005/17⁴, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva asevero;

"Esta Corporación ha admitido, con fundamento en el principio democrático, que cuando se encuentra ante una omisión legislativa relativa "es competente para incorporar un significado ajustado a los mandatos constitucionales por medio de una sentencia integradora en la que se declare la exequibilidad condicionada del precepto acusado, en el entendido de que éste debe además comprender aquellos supuestos que fueron indebidamente excluidos por el Legislador". En consecuencia, para remediar la inconstitucionalidad advertida la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo estatuto, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la). Acogiendo una sugerencia de algunos de los intervinientes, la protección se concederá teniendo en cuenta la condición de beneficiaria de la mujer gestante o lactante, del sistema de seguridad social al que se encuentre afiliado el trabajador o trabajadora a la cual se extiende la protección laboral reforzada. Ello, con el propósito de ajustar la protección a los fundamentos constitucionales que le proveen sustento jurídico, esto es, la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente de los niños y niñas." (negrilla propia)

Por lo tanto, como segunda conclusión encontramos que no puede hablarse de estabilidad laboral reforzada, considerando la situación fáctica declarada, debido a que no cumple con la condición de que la madre del recién nacido sea beneficiaria en el sistema de seguridad social del empleado, además se deben tener en cuenta las consideraciones expuestas inicialmente.

Finalmente, es menester informarle que consideramos que este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre el tema de trámites y rubros para pagos de las entidades públicas, por lo cual su consulta será remitida a la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda, para que en cumplimiento de sus funciones dé respuesta a su petición sobre los referidos aspectos.

Para 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 de la Ley 1437 de 2011⁵.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó: José Fernando Ceballos.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Ley 1564 de 2012

2. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>

3. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>

4. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-005-17.htm>

5. ARTÍCULO sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-10-08 15:51:39