



Función Pública

Concepto 164831 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000164831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000164831

Fecha: 11/05/2021 04:06:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF: ACCIONES JUDICIALES Y/O MEDIOS DE CONTROL – Acción de Tutela. RETIRO DEL SERVICIO - Causales, persona con discapacidad. RAD N° 20212060188032 del 13 de abril de 2021.

Acuso recibo a su comunicación, por medio de la cual solicita se sirvan emitir un concepto sobre la viabilidad de desvincular mediante acto administrativo debidamente motivado a un trabajador en provisionalidad por existir un fallo de tutela amparando derechos fundamentales en su calidad de persona con discapacidad y ser madre de cabeza de familia ordenado reintegrarla a un cargo de iguales o mejores condiciones, cuando no existen los recursos para crear otro cargo, conforme a lo narrado en el acápite de hechos.

En atención a la misma me permito indicarle:

Antes de dar contestación a su consulta, es necesario aclarar que conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, razón por la cual, solo se dará información general, respecto de los temas objeto de consulta.

En cuanto al cumplimiento a los fallos de tutela el decreto [2591](#) de 1991, el cual reglamenta la Acción de Tutela expresa lo siguiente:

“ARTICULO 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.

ARTICULO 28.-Alcances del fallo. *El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.*

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.”

De acuerdo con la anterior disposición, es claro que los fallos de tutela ya ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento y deberá hacerse sin demora, en consecuencia, la entidad tiene la obligación de dar cumplimiento al fallo en forma inmediata, y de acuerdo con lo expresado en la parte resolutive de la misma.

Frente al cumplimiento a los fallos de tutela, la Corte Constitucional en la sentencia C-367 de 2014, expuso:

“(…), incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia.

4.3.2. Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla.”

De lo anterior, el incumplimiento a un fallo de tutela es una conducta grave de la administración, ya que prolonga la vulneración a los derechos fundamentales tutelados como al debido proceso y acceso a la justicia.

Así mismo, la corte ha sostenido que existe dos reglas, la primera que debe haber cumplimiento de manera inmediata y adecuada; y la segunda que se debe probar de forma inmediata, eficiente, clara y definitiva el no cumplimiento del fallo.

En cuanto al retiro de las personas con discapacidad, la ley 361 de 1997 señaló:

“ARTÍCULO 26º.- Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

la norma anteriormente expuesta señala que una limitación de una persona no podrá ser motivo para obstaculizar la vinculación laboral, igualmente señala que una persona no podrá ser despedida por razón de su limitación salvo medie autorización de la oficina de trabajo.

Sentencia de la Corte Constitucional T 029 de 2016

Particularmente, en lo que toca a los trabajadores con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ponen de presente el compromiso del Estado de cara a la satisfacción de los derechos de que son titulares las personas en condición de discapacidad[30], a cuyo favor deben adoptarse medidas en diversos ámbitos, entre los que se cuenta, precisamente, el del empleo.

A nivel interno sobresale la Ley 361 de 1997, que establece dicha protección especial al disponer que los patronos deben contar con autorización del inspector de trabajo para poder proceder a la terminación unilateral del contrato laboral con trabajadores que se encuentran en estas circunstancias^[31], o se presumirá que la ruptura del vínculo obedece a motivos discriminatorios, generándose de ello unas consecuencias que, además de restablecer los derechos del empleado, castigan la infracción del autor del despido, conforme lo ha subrayado en este Tribunal:

“Sobre el particular, en Sentencia T-025 de 2011, la Corte expuso que despedir a una persona en estado de discapacidad sin autorización del Ministerio del Trabajo, es un acto que tiene consecuencias identificables, como lo son: (i) que el despido sea absolutamente ineficaz; (ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y, (iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido. Además, se deberán cancelar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en el cual proceda el reintegro.”^[32]

En consecuencia, si la entidad por las razones anteriormente expuestas debe desvincular a un empleado público con discapacidad es necesario la autorización por parte del inspector del trabajo o quien haga sus veces, por lo que la entidad deberá solicitar ante el ministerio de trabajo la autorización de despido allegando las razones de la desvinculación.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-11-28 04:25:33