



Concepto 143541 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000143541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000143541

Fecha: 09/05/2019 09:51:25 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. - Alcance al concepto No. 20196000141841 ¿Cuándo la autoridad administrativa, judicial o de control competente no se haya pronunciado sobre la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, la declaratoria de insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción podrá proceder y no estará sujeta a la estabilidad laboral reforzada consagrada en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006? RAD.: de fecha 8 de mayo de 2019.

En atención a la consulta de la referencia, nos permitimos manifestar lo siguiente:

El artículo 11 de la Ley 1010 de 2006¹ dispone:

ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS. *A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:*

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

2. La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.

3. Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.

Las anteriores garantías cobijarán también a quienes hayan servido como testigos en los procedimientos disciplinarios y administrativos de que

trata la presente ley.

PARÁGRAFO. La garantía de que trata el numeral uno no regirá para los despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes, para las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la Judicatura, ni para las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.

La mencionada disposición consagra que las garantías establecidas con el fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, procede siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, razón por la cual será a partir de ese momento la configuración de la protección especial.

Cabe precisar que la norma citada hace referencia a la destitución de quien haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la ley, la cual deberá ser entendida como causal de retiro del servicio de los empleados públicos, conforme lo establecido en el artículo 41 de 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:

-

b) ...

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

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. (Negrita y subrayado fuera del texto).”

La insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. A la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Es importante resaltar que el acto de declaratoria de insubsistencia goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero señaló:

“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 servicio". (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N°: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), expresó en relación con la insubsistencia de los funcionarios de Libre Nominación y Remoción:

"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 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 equipo." (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente no haya verificado la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, no habrá lugar a la aplicación del numeral 1° del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, toda vez, que el numeral primero de la disposición transcrita dispone que la destitución de quien haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la ley carece de todo efecto cuando se proferan dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

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

Proyectó: Harold Herreño,

Revisó: José Fernando Ceballos,

Aprobó: Armando López Cortes,

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:58:16