



## Concepto 062251 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000062251\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000062251

Fecha: 22/02/2021 02:38:54 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción en incapacidad. MOVIMIENTO DE PERSONAL. Traslado y reubicación de empleado de libre nombramiento y remoción. RADICACION. 20212060090152 de fecha 19 de febrero de 2021.

En atención a su petición contenida en el oficio de la referencia, por medio de la cual consulta sobre el retiro y reubicación de empleados de libre nombramiento y remoción, me permito manifestar lo siguiente frente a cada uno de sus interrogantes:

1. *¿Un funcionario vinculado en un empleo de libre nombramiento y remoción (con nombramiento ordinario) puede ser declarado insubsistente encontrándose este en incapacidad por enfermedad general?*

Frente al retiro de empleados de libre nombramiento y remoción es pertinente precisar lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

*“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. (...)* (Subrayado fuera de texto)

Frente al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, señala:

*“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. (subrayado fuera del texto).

Sobre este tema el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, expresó:

*“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, 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 contrario”*

Así mismo, 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)

La misma Corporación 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), en relación con la insubsistencia de los servidores públicos de Libre Nombramiento y Remoción expresó:

*“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)

Concretamente frente al caso de su consulta, se considera que la situación de la incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro. Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, señaló:

*“Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.*

*La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencias correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.*

*Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el*

*servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 "el empleado o trabajador será retirado del servicio" ni tampoco confiere per se alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista."*

De acuerdo con la normativa transcrita, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado, por tratarse de una causal autónoma de retiro del servicio, el cual goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; 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.

Así mismo, se aclara que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia, y aunque da derecho al tratamiento asistencial correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Conforme a la normativa y criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta Dirección Jurídica, considera que es procedente el retiro del empleado titular de un empleo de libre nombramiento y remoción mediante acto no motivado, con el fin de mejorar el servicio que presta la entidad pública y por el predominio de los intereses generales en la función pública; sin que la situación de incapacidad por enfermedad constituya fuero de estabilidad por cuanto esta situación no tiene incidencia en el vínculo laboral, que se rige por normas claras y perentorias, según las cuales la incapacidad no le otorga fuero de estabilidad al empleado.

2. *¿Una funcionaria vinculada en un empleo de libre nombramiento y remoción (con nombramiento ordinario) y que se encuentra en estado de Gestación, puede ser reubicada en otro empleo, de carácter de libre nombramiento y remoción pero con una asignación básica mensual inferior a la del empleo que actualmente viene ejerciendo?*

El Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispuso:

*"ARTÍCULO 2.2.31.1 Prohibición de despido.*

*1. Ninguna empleada pública ni trabajadora oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.*

*2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.*

*Si la empleada pública estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.*

*ARTÍCULO 2.2.32.2 Presunción de despido por embarazo. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal."*

Ahora bien, en Sentencia T-494/00, la Corte Constitucional, estableció.

*Estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción*

*3. Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que la mujer en embarazo "conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado" En efecto, esa conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer gestadora de vida ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión sea objeto de discriminación de género.*

(...)

*5. Ahora bien, para el caso sub iudice, surge una pregunta obvia: ¿el derecho fundamental a una estabilidad reforzada también se predica de trabajadoras que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción? El interrogante inmediatamente sugiere una premisa previa: la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción suponen una estabilidad precaria que también goza de sustento constitucional en el artículo 125 de la Carta. Por consiguiente, es indudable que esta situación plantea una tensión constitucional entre dos principios de la función pública, de un lado, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, de otro lado, la facultad discrecional del nominador de remover, por razones del servicio, a un empleado público.*

*Para resolver esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo “se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción”. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. De ahí pues que el nominador vulnera el derecho a la estabilidad reforzada cuando:*

*“a) el despido se ocasiona durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende, que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública”*

*6. De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, (...)”*

De conformidad con la jurisprudencia transcrita, precisamos que el estado de estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada opera independiente del vínculo laboral, es decir que se predica a mujeres vinculadas mediante contrato laboral a término fijo o de duración indefinida, de prestación de servicios, de obra o labor, salvo aquellas vinculadas mediante periodo institucional, quien, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional, y su desvinculación obedecerá a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley.

Es claro entonces, que respecto de la funcionaria de libre nombramiento y remoción existe la prohibición de despedirla por motivos de embarazo y lactancia; además durante el embarazo y la licencia de maternidad, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene entonces que frente al caso consultado, la empleada pública que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción dentro de la administración y se encuentra en estado de gestación, tendrá derecho a permanecer en su trabajo durante el embarazo y la licencia de maternidad, con el fin de que la trabajadora cuente con la protección necesaria de la cual pueda derivar el estado de bienestar para ella y su hijo, dando de esta forma cumplimiento a la garantía fundamental.

Por lo tanto, no será procedente efectuarle una nueva vinculación en un empleo de inferior grado salarial, ya que la empleada que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción, durante el embarazo y el término de la licencia de maternidad, tiene derecho a permanecer en el empleo que desempeña, y en tal caso no son de aplicación los movimientos de personal del traslado y la reubicación, tal como lo indica en su comunicación.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:54