



Concepto 136671 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000136671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000136671

Fecha: 05/04/2023 09:52:49 a.m.

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Estabilidad laboral reforzada empleados de Libre Nombramiento y Remoción. RAD. 20232060149892 del 08 de marzo de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa «*En consonancia con lo hasta aquí expuesto debe señalarse que los empleos que conforman la planta de personal de las unidades de trabajo legislativo son de carácter administrativo y técnico sometidos a un régimen de libre nombramiento y remoción. En ese orden de ideas los cargos son desempeñados por servidores que deben ejercer sus funciones orientados siempre a la satisfacción de los intereses y principios generales que gobiernan la función pública, y su remoción deberá obedecer a verdaderas necesidades del servicio. (. . .)*

Así las cosas, el Consejo de Estado resolvió sobre el interrogante planteado en dicha consulta señalando que "Las servidoras en estado de embarazo por supuesto pueden ser reubicadas sin solución de continuidad mediante un traslado o un nuevo nombramiento en un cargo de igual o superior jerarquía así no sea en una Unidad de Trabajo Legislativo, Se trata de un derecho que se deriva del fuero especial de maternidad y que emerge en el caso de que por cualquier motivo el nominador desee proveer el cargo con otra persona, o suprimirlo." (Subrayado fuera del texto)

Como quiera que, para el caso en particular del Senado de la República objeto de consulta y de acuerdo a la jurisprudencia en cita del Consejo de Estado, resulta necesario preguntar:

Al mantener en planta a los funcionarios de UTL que gozan de especial protección dada su condición de (prepensionados, mujeres embarazadas o en licencia) en cualquiera de las dependencias de la entidad, los jefes de las mismas, pueden asignarles funciones propias de los cargos de esas dependencias de acuerdo al cargo ocupado dentro de la UTL, ya sea Asistente o Asesor, mientras culmine dicha condición.

Qué funciones se les puede asignar dado que ignoramos las funciones realizadas, por cuanto esta función de asignar correspondía a su jefe inmediato, el senador saliente.

En qué dependencias pueden ser ubicados, área Administrativa o Legislativa del Senado de la República.»

Frente a las preguntas formuladas, se provendrá a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general, y al final se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Sobre las Unidades de Trabajo Legislativo UTL., la Ley 5ª de 1992², señala:

«ARTÍCULO 388. Unidad de trabajo legislativo de los Congresistas. Cada Congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una Unidad de Trabajo a su servicio, integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante el Director Administrativo, en el caso de la Cámara y ante el Director General o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato.

(...)

PARÁGRAFO. Cuando se trate de la Calidad de Asesor, podrá darse la vinculación por virtud de contrato de prestación de servicios debidamente celebrado. El Congresista podrá solicitar a la autoridad nominadora que disponga la iniciación de las labores contratadas desde el mismo momento de la designación del Asesor.

En el evento de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, no se considerarán prestaciones sociales en el valor del contrato celebrado, ni habrá lugar al reconocimiento o reclamación de ellas; salvo de los aportes al régimen de seguridad social que serán pagados por el Congreso

Las calidades para ser asesor serán definidas mediante resolución de la Mesa Directiva de la Cámara y de la Comisión de Administración del Senado, conjuntamente.»

De conformidad con la normativa en cita, se infiere que las personas vinculadas como asesores o asistentes en las Unidades de Apoyo Legislativo UTL de los Congresistas tienen la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción si están nombrados y posesionados en el empleo de la planta de personal del Congreso; por el contrario, si están vinculados mediante un contrato de prestación de servicios tendrán la calidad de contratistas y estarán regidos por la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, 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 2004³; así:

«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 adicionen 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.» (Negritas propias)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015⁴, establece:

«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.»

Así mismo, es importante resaltar 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 1995⁵, 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.»

En ese mismo sentido, la Ley 1437 de 2011⁶, preceptuó en su artículo 44:

«ARTICULO 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.»

De conformidad con los apartes normativos y jurisprudenciales, 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 SU003/18⁷, con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, afirmó:

«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 alto Tribunal, 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, mujeres embarazadas o encontrarse en alguna debilidad manifiesta.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

Al mantener en planta a los funcionarios de UTL que gozan de especial protección dada su condición de (prepensionados, mujeres embarazadas o en licencia) en cualquiera de las dependencias de la entidad, los jefes de las mismas, pueden asignarles funciones propias de los cargos de esas dependencias de acuerdo al cargo ocupado dentro de la UTL, ya sea Asistente o Asesor, mientras culmine dicha condición.

R/. Se reitera 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.

Qué funciones se les puede asignar dado que ignoramos las funciones realizadas, por cuanto esta función de asignar correspondía a su jefe inmediato, el senador saliente.

R/. Se reitera lo señalado en el interrogante No. 01.

En qué dependencias pueden ser ubicados, área Administrativa o Legislativa del Senado de la República.»

R/. Se reitera lo señalado en el interrogante No. 01.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://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

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

² *Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes.*

³ *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

⁴ *por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.*

⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>

⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU003-18.htm>

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:11:57