Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 70851

Fecha: 07-03-2019

Bogotá D.C.

Referencia: **EMPLEO**. Protección empleado de libre nombramiento y remoción cuya cónyuge se encuentra embarazada y depende de él económicamente. **Radicación No. 20199000038062** del 4 de febrero de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el Subdirector de Estrategia y Coordinación Bomberil de la entidad, empleado de libre nombramiento y remoción, cuya esposa tiene un embarazo de alto riesgo y depende económicamente de él, está cobijado por la protección a la maternidad ante un posible despido por cambio en la dirección de la entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política 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)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República al Gobierno Nacional, se expidió el Decreto-ley 256 del 20 de febrero de 2013[1], el cual señaló, con relación a la clasificación de los empleos, lo siguiente:

"ARTÍCULO 4°. Clasificación de los empleos. Los empleos públicos de la planta de personal de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, que corresponde a los cargos deDirector y Subdirector, los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo que estén al servicio directo e inmediato de los empleos de director y subdirector, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos y los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

(…)"

Debe precisarse que los empleados de libre nombramiento y remoción, como es el caso del subdirector de la planta de personal de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública.

Es así como en relación con el retiro del servicio, el decreto 256 de 2013, en su artículo 29, establece:

"**ARTÍCULO 29. Causales del retiro del servicio**. Las causales de retiro del servicio de los empleados a quienes se les aplique el presente decreto serán las contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan."

El artículo 41 de la ley 909 de 2004, con respecto a la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de libre nombramiento y remoción, expresa:

"**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 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". (Subrayado fuera del texto).

Es así, entonces, que 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. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, afirmó:

"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, 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"

Ahora bien, teniendo en cuenta la claridad anterior, frente a la discrecionalidad que tiene el nominador para separar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, debe precisarse, en cuanto al tema en consulta, relacionado con la posibilidad de una protección especial para el empleado de libre nombramiento y remoción cuya cónyuge dependiente económicamente de él se encuentra en embarazo de alto riesgo, que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-005 de 2017, declaró la exigibilidad condicionada del numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral primero del artículo 240 del mismo Código, en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia del permiso para llevarlo a cabo es

extendida al (la) trabajador(a) que sea cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de mujer en período de embarazo o lactancia, beneficiaria de aquel(la).

Como lo menciona la Corte esta es una "Protección tendiente a prohibir el despido del (la) compañero(a) permanente o cónyuge inmerso en una relación de trabajo, durante el período mencionado y exigir un permiso para la terminación del vínculo contractual.".

La protección será aplicable siempre que la mujer gestante o lactante tenga la condición de beneficiaria de su pareja en el Sistema de Seguridad Social Integral, y no incluye el pago de la licencia de maternidad, pues la madre no cotizó al Sistema de Salud durante el periodo de gestación. Esta protección es aplicable al cónyuge, compañero permanente o pareja, incluso del mismo género. Tampoco modifica la regulación vigente sobre la licencia de paternidad.

En un fallo posterior a la mencionada sentencia, la Corte precisó las condiciones en las que aplica esta especial protección. En la Sentencia T-670 de 2017, la Corte Constitucional precisó que la protección será extendida siempre que la mujer dependa económicamente del trabajador(a) por carecer de una alternativa laboral.

Esta decisión amplía una protección constitucional a las parejas que sin estar en dicho estado tendrán una estabilidad laboral reforzada, lo que implica que tienen derecho a conservar el empleo siempre que no exista una causal objetiva que dé lugar a la terminación del contrato de trabajo, previa autorización del Ministerio del Trabajo.

De lo expuesto, debe señalarse que la extensión de este fuero de estabilidad laboral reforzada, contenida en el numeral primero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo y en el numeral primero del artículo 240 del mismo Código, únicamente aplica para los trabajadores que se rigen en sus relaciones laborales por el Código Sustantivo del Trabajo.

En tal virtud, dicha protección no aplicaría para los empleados públicos vinculados a las entidades mediante una relación legal y reglamentaria, como es el caso de los empleados públicos, los cuales, respecto de su ingreso, permanencia y retiro, se rigen por normas de administración de personal propias, reguladas en distintas leyes y decretos, como son, entre otros, el Decreto Ley 2400 de 1968, la ley 909 de 2004 y sus normas complementarias, así como el decreto 1083 de 2015.

Finalmente, debe señalarse, respecto al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, que como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia del retiro del servicio por la causal señalada en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en armonía con lo consagrado en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo*: " 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".*

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

CISP/JFCA

121602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los Cuerpos Oficiales de Bomberos"

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.