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.

BogotÃ¡ D.C.

REF: ACCIONES JUDICIALES Y/O MEDIOS DE CONTROL – AcciÃ³n de Tutela. RETIRO DEL SERVICIO - Causales, persona con discapacidad. RAD NÂ° 20212060188032 del 13 de abril de 2021.

Acuso recibo a su comunicaciÃ³n, 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 acÃ¡pite de hechos.

En atenciÃ³n a la misma me permito indicarle:

Antes de dar contestaciÃ³n a su consulta, es necesario aclarar que conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo, efectÃºa la interpretaciÃ³n general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, razÃ³n por la cual, solo se darÃ¡ informaciÃ³n 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 AcciÃ³n de Tutela expresa lo siguiente:

*“ARTICULO 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberÃ¡ cumplirla sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirÃ¡ al superior del responsable y le requerirÃ¡ para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquÃ©l. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenarÃ¡ abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptarÃ¡ directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrÃ¡ 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 establecerÃ¡ los demÃ¡s efectos del fallo para el caso concreto y mantendrÃ¡ la competencia hasta que estÃ© completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*

*ARTICULO 28.-Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirÃ¡ que se proceda contra la autoridad pÃºblica, si las acciones u omisiones en que incurriÃ³ generaren responsabilidad.*

*La denegaciÃ³n de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio."*

De acuerdo con la anterior disposiciÃ³n, es claro que los fallos de tutela ya ejecutoriados son de obligatorio cumplimiento y deberÃ¡ hacerse sin demora, en consecuencia, la entidad tiene la obligaciÃ³n de dar cumplimiento al fallo en forma inmediata, y de acuerdo con lo expresado en la parte resolutiva 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 vulneraciÃ³n 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 excepciÃ³n, 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 administraciÃ³n, ya que prolonga la vulneraciÃ³n a los derechos fundamentales tutelados como al debido proceso y acceso a la justicia.

AsÃ 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 seÃ±alo:

*"ARTÃCULO 26Â º.- Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012. En ningÃºn caso la limitaciÃ³n de una persona, podrÃ¡ ser motivo para obstaculizar una vinculaciÃ³n laboral, a menos que dicha limitaciÃ³n sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeÃ±ar. AsÃ mismo, ninguna persona limitada podrÃ¡ ser despedida o su contrato terminado por razÃ³n de su limitaciÃ³n, salvo que medie autorizaciÃ³n de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razÃ³n de su limitaciÃ³n, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrÃ¡n derecho a una indemnizaciÃ³n equivalente a ciento ochenta dÃas del salario, sin perjuicio de las demÃ¡s prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el CÃ³digo Sustantivo del Trabajo y demÃ¡s normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren."*

la norma anteriormente expuesta seÃ±ala que una limitaciÃ³n de una persona no podrÃ¡ ser motivo para obstaculizar la vinculaciÃ³n laboral, igualmente seÃ±ala que una persona no podrÃ¡ ser despedida por razÃ³n de su limitaciÃ³n salvo medie autorizaciÃ³n de la oficina de trabajo.

Sentencia de la Corte Constitucional T 029 de 2016

*Particularmente, en lo que toca a los trabajadores con limitaciones fÃsicas, psÃquicas o sensoriales, instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ponen de presente el compromiso del Estado de cara a la satisfacciÃ³n de los derechos de que son titulares las personas en condiciÃ³n de discapacidad[30], a cuyo favor deben adoptarse medidas en diversos Ã¡mbitos, entre los que se cuenta, precisamente, el del empleo.*

*A nivel interno sobresale la Ley 361 de 1997, que establece dicha protecciÃ³n especial al disponer que los patronos deben contar con autorizaciÃ³n del inspector de trabajo para poder proceder a la terminaciÃ³n unilateral del contrato laboral con trabajadores que se encuentran en estas circunstancias[31], o se presumirÃ¡ que la ruptura del vÃnculo obedece a motivos discriminatorios, generÃ¡ndose de ello unas consecuencias que, ademÃ¡s de restablecer los derechos del empleado, castigan la infracciÃ³n 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 autorizaciÃ³n 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 Ã©ste, 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 poblaciÃ³n laboral discapacitada, pagarÃ¡ la suma correspondiente a 180 dÃas de salario, a tÃtulo de indemnizaciÃ³n, sin que ello signifique la validaciÃ³n del despido. AdemÃ¡s, se deberÃ¡n 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 pÃºblico con discapacidad es necesario la autorizaciÃ³n por parte del inspector del trabajo o quien haga sus veces, por lo que la entidad deberÃ¡ solicitar ante el ministerio de trabajo la autorizaciÃ³n de despido allegando las razones de la desvinculaciÃ³n.

Para mayor informaciÃ³n respecto de las normas de administraciÃ³n de los empleados del sector pÃºblico; y demÃ¡s temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrÃ¡ encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta DirecciÃ³n JurÃdica.

El anterior concepto se emite en los tÃ©rminos establecidos en el ArtÃculo 28 del CÃ³digo de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÃPEZ CORTES

Director JurÃdico

Proyecto: Adriana SÃ¡nchez

RevisÃ³: JosÃ© Fernando Ceballos

AprobÃ³: Armando LÃ³pez Cortes

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-05-20 18:18:32*