



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veinte (2020).

| | |
|--------------------------------|---|
| NATURALEZA DEL PROCESO: | ACCIÓN DE TUTELA |
| PROCESO No.: | 11001-33-35-025-2020-00122-00 |
| DEMANDATE: | SILVIA LILIANA CAMACHO BELTRÁN |
| DEMANDADO: | DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-. |

Se decide sobre la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por la señora **SILVIA LILIANA CAMACHO BELTRÁN** en nombre propio, en contra del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-**, por presuntamente violar los derechos fundamentales de vida en condiciones dignas, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada e igualdad.

1. ANTECEDENTES

Hechos.

Relata el accionante que:

1. Que se vinculó al DANE, desde el 23 de mayo de 2015, en el cargo de secretaria ejecutiva 4210 grado 20.
2. Que el día 20 de septiembre de 2018, la nombraron en el cargo de Secretario Ejecutivo código 4215 grado 25 de la planta de personal Global del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE e la sede ubicada en el CAN en Bogotá.
3. Que en el mes de enero de 2019 informa que se encuentra en estado de embarazo, manifestando que al parecer a sus empleadores les molestaba su estado, sin embargo, continuó desarrollando sus labores.
4. Que mediante oficio N° 2019-313-05102-3 fecha de salida 11 de junio de 2019 y suscrito por María Fernanda de la Ossa, Secretaria General, le informaron que desempeñará su cargo en la Oficina Asesora del DANE, en la sede del CAN pero en otra área, no obstante, su jefe el Subdirector continuaba desarrollando sus funciones en la sede CAN en las oficinas de la subdirección, con lo que se le relegó y dificultó el desarrollo de sus labores.
5. Que la fueron relegando y quitando funciones desde junio de 2019 con la excusa que le quitaban carga por su estado de embarazo.
6. Que el 23 de septiembre de 2019, nació su hija María Angélica Ortega Camacho, evento que informó enviando el registro civil de nacimiento y licencia de maternidad a Gestión Humana, a través de whatsapp.
7. El 17 de febrero de 2020 regresó a su lugar de trabajo y le tenían una resolución similar a la que le notificaron el 18 de marzo de 2020, en la que le indicaban que la iban a declarar insubsistente del cargo reiterando que cuando pasaran sus seis meses de protección la iban a “sacar”, sintiéndose una delincuente por ser madre.
8. Que se sintió discriminada por su maternidad, como si sintieran “esa aversión por mi resiente condición de madre”, que por eso acude a esta acción constitucional para que le protejan sus derechos laborales, ya que

es el momento en el que más necesita del trabajo y le violentan sus derechos cuando cometen esos actos arbitrarios e injustos.

9. Que después del anuncio del gobierno municipal frente a la medida de simulacro de confinamiento preventivo, el 18 de marzo de 2020 a través de su correo electrónico, aclarando que aun se encontraba con fuero, ya que su hija no había cumplido los 6 meses, le comunicaron el escrito N° 2020-313-004391-1 sobre la resolución 425 de 18 de marzo de 2020, mediante la cual se declara la insubsistencia de su nombramiento en el cargo Secretario Ejecutivo del Despacho del Subdirector, código 4215, grado 25, a partir del 24 de marzo de 2020, según ella, sin ninguna razón, pues sus funciones no han desaparecido y que obedece a la discriminación y aversión que le tienen por ser madre y ser mujer.
10. Que por las medidas de aislamiento no ha podido desplazarse para realizar los actos enunciados en el escrito de notificación, pero siempre informó y notificó a sus compañeros que se sentía discriminada y relegada.
11. Que cuando se le notificó la insubsistencia de su cargo, se encontraba con “fuero de lactancia” y que en ningún momento se le notificó la autorización del Ministerio del Trabajo donde se autorizara la terminación de su relación laboral.
12. Que en la actualidad se está quedando con su señora madre quien es viuda, en el municipio de La Calera, por la salida del Codito de Bogotá, en razón a su precaria situación económica, y por la intempestiva terminación en el momento de la cuarentena, y que por la misma razón, no ha podido conseguir otro trabajo considerando que eligieron el peor momento para agravar su situación.
13. Que su señora madre es de la tercera edad y depende económicamente de ella, pues su padre murió hace 3 años y ella se dedicaba al hogar, por lo que también se está viendo afectada por la pérdida de su trabajo.
14. Que entiende que la tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar la nulidad del acto administrativo, pero si puede servir como mecanismo transitorio para evitar mayores perjuicios a su derecho a una vida en condiciones dignas, igual que a su hija y su mamá.
15. Que actualmente los juzgados se encuentran cerrados y no están adelantando ningún proceso, por lo que considera la tutela como el mecanismo idóneo para reclamar la protección de sus derechos.

1.2. Pretensiones.

La accionante textualmente solicita:

1. Que se tutelen mis derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas garantizando el mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y demás conexos que al día de hoy han sido vulnerados por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-, al declarar la insubsistencia de mi cargo encontrándome aun para la fecha de la notificación con la protección y terminar la relación laboral existente con actos de clara discriminación y dejándome sin la oportunidad de percibir ingresos que nos permitan a mi familia y a mi vivir dignamente.
2. Ordenar al Director Administrativo, Representante legal o quien haga sus veces en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-, como medida preventiva que en el término máximo de 48 horas declare la nulidad de los actos que dieron origen a esta reclamación, esto es decreto 0425 del 18 de marzo de 2020 el cual declaró la insubsistencia de mi cargo y demás

actos, decretos y resoluciones y en su lugar ordene mi reintegro sin solución de continuidad mientras adelanto el trámite judicial correspondiente.

3. Ordenar al Director Administrativo, Representante Legal o quien haga sus veces en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE- y demás directivos, se abstengan de seguir cometiendo actos discriminatorios en mi contra o en contra de cualquier trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o que sea madre recientemente ya que esta condición no afecta en nada las labores a desarrollar.
4. Ordenar al Director Administrativo, Representante Legal o quien haga sus veces en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE-, como medida preventiva que en el término máximo de 48 horas realice el pago de la seguridad social, salarios y demás acreencias a mi favor en la cuenta que se encuentra registrada en la base de datos de la entidad.
5. Advertir a los Directores Administrativos, Representantes Legales o quien haga sus veces en el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA -DANE-, que en ningún caso vuelvan a incurrir en las vulneraciones que me llevaron a incurrir en las vulneraciones que me llevaron a iniciar esta acción de tutela, y que si lo hacen, serán sancionados conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2591/91.

2. TRÁMITE PROCESAL

La solicitud de tutela fue admitida el 19 de mayo de 2020, y se ordenó al Representante Legal de la entidad accionada, a fin de que rindiera el respectivo informe.

Informe del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE:

La jefe de la oficina Asesora Jurídica del DANE, contestó la tutela manifestando que la señora Silvia Liliana Camacho Beltrán, se vinculó al DANE mediante Resolución 2510 de septiembre de 2018, por la cual se hace un nombramiento ordinario, con base en lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 9090 de 2004.

Que el nombramiento de la accionante fue un empleo de libre nombramiento y remoción, perteneciente a la planta de personal del DANE, específicamente en el cargo denominado Secretario Ejecutivo del Despacho del Subdirector, código 4215 Grado 25.

Indica que tanto la doctrina como la jurisprudencia de las Altas Cortes, han señalado que las reglas que se aplican al ingreso, permanencia, promoción y desvinculación de los cargos de carrera administrativa, son sustancialmente opuestas a las aplicadas para los cargos de libre nombramiento y remoción ya que estos han sido determinados por el artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, como “los empleos, cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo o inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentran adscritos a sus respectivos despacho (...)”. Que por tal razón, la ley permite que la asignación y desvinculación de

cargos de libre nombramiento y remoción se realice en ejercicio de la potestad discrecional del nominador.

Que de acuerdo con esas facultades el DANE, profirió y notificó debidamente a la accionante la Resolución N° 425 del 18 de marzo de 2020, "Por la cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción", cuya condición resolutoria indicaba que se generaría a partir del 24 de marzo de 2020, y comunicada con anterioridad, sin ser esto contrario a la legalidad del mismo. De igual manera se constata que la entidad al momento del retiro de la ex funcionaria, realizó el pago de la liquidación correspondiente a la prestación de sus servicios, por lo que se puede concluir que no existe en el procedimiento ninguna irregularidad o desconocimiento de derechos.

Que frente a las afirmaciones realizadas por la accionante en cuanto al trato discriminatorio dado en razón a su estado de gravidez, se validó a través de la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Servicios Administrativos del área de Gestión Humana que en el expediente laboral correspondiente no existe ninguna evidencia física que pueda determinar un trato desigual o discriminatorio como lo aduce la ex funcionaria; por lo que la entidad respetó el tiempo de licencia de maternidad, incluida la lactancia para la ejecución de su insubsistencia, por lo que se considera que no existió una actuación arbitraria respecto de la accionante.

Que respecto de la reubicación funcional en la Oficina Asesora de Planeación, se precisa que la misma obedece a la atención de las necesidades del servicio y a la naturaleza global de la planta de personal de la entidad, la cual per se no es evidencia de relego de funciones o discriminación alguna. Que la explicación a la reubicación surgió con el fin de atender las necesidades del servicio en la Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales, la entidad expidió la Resolución N° 0919 del 11 de junio de 2019, por la que se reubica funcionalmente a la servidora María Fernanda Mahecha Aparicio, quien venía desempeñando sus funciones en la Oficina Asesora de Planeación, reubicación que se hizo efectiva a partir del 12 de junio de 2019, por lo cual fue necesario reubicar a la accionante a quien dicha decisión se le comunicó debidamente. Que dicha reubicación se hizo por necesidades del servicio y con el fin de garantizar la buena marcha de la administración en todas las áreas, que la misma no desmejoró las condiciones laborales ni salariales y respetando en todo momento su fuero de maternidad, pues dicha reubicación se dio manteniendo su cargo y la esencia y naturaleza de sus funciones, realizando el traslado a una oficina del nivel asesor que se encuentra en las mismas instalaciones de la ubicación anterior y con similares condiciones físicas, toda vez que se encuentran de manera contigua.

Finalmente, solicitó se nieguen las peticiones de la accionante por cuanto no existe vulneración alguna por parte de la entidad que representa.

3. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentado mediante el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 1° establece: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto"*, la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

3.1. RETIRO DEL SERVICIO. Empleado. Retiro de empleado de libre nombramiento y remoción durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del covid-19. RAD.- 2020-206-013243-2 del 2 de abril de 2020.

"En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si es procedente el retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a causa del covid-19, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Respecto del 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 lo siguiente:

"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". (Subraya fuera del texto).

De acuerdo con la anterior norma, 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.

En ese sentido, es procedente señalar que los empleados de libre nombramiento y remoción 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.

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”

La misma Corporación en sentencia con 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”.

De acuerdo con lo anterior, se considera facultativo por parte de la administración el retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, y de conformidad con lo indicado por el Consejo de Estado, la única finalidad deberá ser siempre el mejoramiento del servicio.

Finalmente, es preciso indicar que una vez revisada la normativa expedida por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, principalmente el Decreto Ley 491 de 2020, no se evidencia una que haya señalado a las entidades u organismos públicos la imposibilidad de retirar del servicio a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, en consecuencia, se reitera, que el retiro de un empleado vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional con la que cuenta el nominador”.¹

¹ Concepto 131611 de 2 de abril de 2020. Departamento Administrativo de la Función Pública.

3.2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA Y EN PERÍODO DE LACTANCIA.

Reglas de interpretación y alcance de la sentencia **SU.070/13**

La Sentencia SU-070 de 2013 estableció algunas pautas para precisar el alcance de la unificación normativa: (i) En primer lugar, determinó que las reglas de procedencia de la acción de tutela en materia de protección constitucional reforzada de mujeres embarazadas en el ámbito laboral “son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia”. Añadió que el amparo debe interponerse en un plazo razonable y que la exigencia de vulneración o amenaza al mínimo vital de la madre o del recién nacido es necesaria únicamente cuando se discute la protección reforzada de la maternidad en sede de tutela. (ii) En segundo lugar, manifestó que el juez de tutela debe valorar, en cada caso concreto, los supuestos que rodean el despido de la trabajadora, para determinar si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral. Por tanto, estimó que debe darse un trato diferenciado “si se trata de cargos de temporada o de empresas pequeñas, respecto de cargos permanentes dentro de grandes compañías o cuando la vacante dejada por la trabajadora despedida, fue suplida con otro trabajador”. (iii) En tercer lugar, indicó que las reglas derivadas de la protección constitucional reforzada a la mujer embarazada y lactante que han sido definidas en esas consideraciones, se extienden por el término del periodo de gestación y la licencia de maternidad, es decir, aproximadamente los cuatro meses posteriores al parto. (iv) Finalmente, en aquellos eventos en los cuales corresponde ordenar al empleador el pago de las cotizaciones a la seguridad social que se requieran para que la mujer embarazada pueda acceder a la licencia de maternidad, y ya tuvo lugar el nacimiento del hijo, el empleador deberá cancelar la totalidad de la licencia como medida sustitutiva.

3.3. MUJER EMBARAZADA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Reglas de aplicación

Cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción hay que distinguir dos hipótesis: (i) si el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, (ii) si el empleador no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

3.4. Caso concreto.

La señora **SILVIA LILIANA CAMACHO BELTRÁN**, interpuso acción de tutela con el fin de que se ordene a la entidad accionada DANE, la reintegre al cargo que venía ocupando y le pague los salarios dejados de percibir junto con los pagos a seguridad social, desde el momento de su retiro, pues considera que su declaratoria de subsistencia es contrario a la ley, como quiera que al momento de notificarle el acto administrativo de su retiro se encontraba protegida por el fuero de estabilidad laboral reforzada pues no había terminado su periodo de lactancia.

En respuesta a la acción instaurada, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica manifestó que la declaratoria de subsistencia de la accionante se hizo bajo las facultades que les confiere la ley 909 de 2004, como quiera que la ley permite

que la asignación y desvinculación de cargos de libre nombramiento y remoción se realice en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, aunado al hecho que el DANE profirió y notificó debidamente a la accionante la Resolución N° 425 del 18 de marzo de 2020, “ Por la cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción”, cuya condición resolutoria indicaba que se generaría a partir del 24 de marzo de 2020, comunicada con anterioridad, sin ser esto contrario a la legalidad del mismo; además que, la entidad al momento del retiro de la ex funcionaria, realizó el pago de la liquidación correspondiente a la prestación de sus servicios.

La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 122 y 125 disponen:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)

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.”

Ahora bien el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, en su capítulo 2 determina unos criterios para establecer si el empleo es ordinario señala la norma lo siguiente:

“ CAPITULO II

Clasificación de los empleos públicos

Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:...

b) 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 siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;..”

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción, confianza u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resulta razonable afirmar que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional² o por el manejo incluso de información privilegiada como pasa con los Secretarios de Despacho.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar las razones que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza por la cercanía a cargos que tienen funciones de manejo o política institucional, tal como pasa con las secretarías ejecutivas de los subdirectores de las entidades públicas del índole nacional.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

²Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección B. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. 8 de febrero de 2018. Rad. N° 250002342000201201507 01

*“(…) **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. (…)**”.*

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad³.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; en tal sentido, ha identificado⁴ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Al parecer de la accionante, no se le debió retirar de su cargo precisamente en esta situación que atraviesa el país como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, y mucho menos sin un permiso del Ministerio del Trabajo para poderla despedir ya que se no había terminado su período de lactancia al momento de notificar el acto de insubsistencia y estaba amparada por el “fuero de lactancia”.

Sin embargo, no le asiste razón a la accionante en tal afirmación pues como ya ha sido decantando en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo tiene por objeto impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa de embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los

³ Sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello y sin la observancia de los procedimientos legales establecidos.⁵ En el caso en concreto y tal como se evidencia en el registro civil de nacimiento de la hija de la accionante, la fecha del nacimiento fue el 23 de septiembre de 2019, es decir, la declaratoria de insubsistencia se llevó a cabo 6 meses después del nacimiento de la menor, por lo que se puede concluir que ya no gozaba de la estabilidad laboral reforzada, ahora, respecto del “fuero de lactancia”, que hace referencia la accionante, tampoco le fue violentado, como quiera que este se refiere a los descansos que se le deben otorgar para alimentar a su hijo, como lo refiere el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo en el numeral 1,⁶ y los mismos no son incompatibles con el hecho del retiro del cargo.

Ahora bien, tal como se dijo en el Concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, no se evidencia que en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, se haya señalado a las entidades u organismos públicos la imposibilidad de retirar del servicio a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, pues el mismo obedece a la facultad discrecional con la que cuenta el nominador.

Para terminar, no entiende el Despacho porqué la señora CAMACHO, esperó casi dos meses después de su retiro del cargo para instaurar la acción constitucional de Tutela, pues si bien no existe un término de caducidad para la presentación de la misma, es decir que puede ser presentada en cualquier momento, la Corte Constitucional ha considerado que al tener la Tutela naturaleza cautelar, la petición de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume que la afectación del derecho fundamental es inminente y realmente produce un daño palpable. Lo que indica que si lo que se persigue con la acción constitucional es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales frente a una vulneración o amenaza, es necesario que la petición sea presentada en el marco temporal de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos,⁷ situación que no ocurrió en el presente asunto.

Por las anteriores razones, se negarán las pretensiones incoadas en la presente acción constitucional de tutela.

⁵ Sentencia 02869 de 2017 Consejo de Estado

⁶ Art. 238 CST: Numeral 1: “El empleador está en la obligación de conceder dos descansos de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad”.

⁷ Sentencia T-290 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Niéguese las pretensiones de la acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Comunicar a las partes por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.



ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
JUEZ

LYGM