



Función Pública

Concepto 221291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000221291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000221291

Fecha: 22/06/2021 06:49:57 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-ESE - Plantas de Personal - ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA - Rediseño Institucional - PLANTAS DE PERSONAL - Modificación - EMPLEO - Supresión - TRABAJADORES OFICIALES - Terminación de Relación Laboral. Radicado No. 2021206045532 de fecha 01 de junio de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual plantea algunos interrogantes ante una eventual liquidación de algunas Empresas Sociales del Estado y la creación de una nueva; me permito manifestarle que estos serán resueltos en el mismo orden consultado.

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir, revisar o determinar situaciones particulares de otras entidades públicas. No obstante, de manera general daremos trámite a sus preguntas de la siguiente manera:

PRIMERA. Sírvase indicar la figura jurídico administrativa procedente para realizar la movilización permanente de todos los funcionarios de carrera administrativa que se encuentran vinculados actualmente a las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Atlántico que serán liquidadas, a la nueva Empresa Social del Estado; figura que les permita mantener su lugar de trabajo, funciones, historias laborales, prestaciones sociales y condiciones salariales, teniendo en cuenta que los muebles e inmuebles incluyendo equipamiento médico de las 4 ESE a liquidar, serán declarados afectos al servicio y por ende destinados a la nueva ESE.

Previo a desarrollar el tema, es necesario mencionar que al liquidarse una entidad, en este caso, una empresa social del estado, tiene como consecuencia la supresión de los cargos de carrera administrativa que pertenecen a dicha entidad, por lo cual se debe hacer referencia a la supresión de los empleos.

En cuanto a la supresión del empleo, 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, establece lo siguiente al respecto:

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;
 - b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
 - 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;
- (...)

ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

De la misma forma, el Decreto 1083 de 2015 establece:

ARTÍCULO 2.2.11.2.1 Derechos de los empleados de carrera por supresión del empleo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una

entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el ARTÍCULO 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

Mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

(...)

ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

De acuerdo con lo expuesto, la figura procedente en el caso planteado es la incorporación y de no ser posible, los empleados a quienes se les suprima el cargo podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

SEGUNDA. Sírvase indicar la figura jurídico administrativa procedente para realizar la movilización permanente de todos los trabajadores oficiales que se encuentran vinculados actualmente a las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Atlántico que serán liquidadas, a la nueva Empresa Social del Estado; figura que les permita mantener su lugar de trabajo, funciones, historias laborales, prestaciones sociales y condiciones salariales, teniendo en cuenta que los muebles e inmuebles incluyendo equipamiento médico de las 4 ESE a liquidar, serán declarados afectos al servicio y por ende destinados a la nueva ESE.

Previamente es importante señalar que el trabajador oficial se vincula con la administración mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales.

La relación laboral del trabajador oficial tiene implicaciones bilaterales, esto es, significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo, la jornada laboral, los salarios, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

Los trabajadores oficiales, se rigen por lo establecido en el contrato de trabajo, por la convención colectiva de trabajo, los pactos arbitrales y el reglamento interno de trabajo y en lo no previsto en dichos instrumentos se regirán por lo establecido en la Ley 6ª de 1945 y el título 30 del Decreto 1083 de 2015, este último respecto de la terminación del contrato de trabajo establece:

ARTÍCULO 2.2.30.6.11 Terminación del contrato de trabajo. El contrato de trabajo termina:

1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo.

2. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.

3. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio.

4. Por mutuo consentimiento.

5. Por muerte del asalariado.

6. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el numeral 3. del Artículo 2.2.30.6.8 del presente Decreto, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.

7. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los Artículos 2.2.30.6.12 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto.

8. Por sentencia de autoridad competente. (Resalto propio)

Ahora bien, para atender el interrogante planteado es necesario traer a colación la sentencia 02762 de 2015 de la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado¹, que sobre el particular menciona:

“e) Respecto de los empleados públicos, la ley les da dos opciones frente a la supresión del empleo: indemnización o reincorporación. En tratándose de los trabajadores oficiales, da lugar al reconocimiento de la indemnización a que tiene derecho el trabajador cuando se le despide sin justa causa aun cuando su fundamento sea legal, “...porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa...”, reconocimiento que se calculará de acuerdo a las normas convencionales.

f) La terminación del vínculo laboral para los empleados públicos se hace mediante acto administrativo motivado. La de los trabajadores oficiales por terminación unilateral del contrato de trabajo.” (Negrilla propia)

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, la ley no prevé ninguna figura que proceda para realizar la movilización de trabajadores oficiales; como lo menciono el Consejo de Estado, tratándose de trabajadores oficiales, lo procedente es el reconocimiento de la indemnización a que tiene derecho el trabajador cuando se le despide sin justa causa aun cuando su fundamento sea legal.

TERCERA. Sírvase indicar la normatividad aplicable a la movilización permanente funcionarios de carrera administrativa y trabajadores oficiales, que se encuentran vinculados actualmente a las Empresas Sociales del Estado del Departamento del Atlántico y que se espera sean movilizados a una nueva Empresa Social del Estado del orden departamental de tercer nivel de atención.

Atendiendo lo expuesto en las anteriores respuestas, la normatividad aplicable para la incorporación de empleados de carrera administrativa es la Ley 909 de 2004 y el Decreto único reglamentario de función pública 1083 de 2015, en las disposiciones antes analizadas.

Respecto a los trabajadores oficiales, como ya se expuso no hay norma que contemple la figura de reincorporación u otra similar, no obstante, siempre se deberán atender las disposiciones del contrato de trabajo, la convención colectiva de trabajo, los pactos arbitrales y el reglamento interno de trabajo.

CUARTA. *Sírvase indicar si en el contexto explicado en el acápite de hechos, creada la E.S.E. Universitaria del Atlántico y antes de ordenar la liquidación de las 4 ESE existentes, existe alguna prohibición legal que impida realizar el traslado interinstitucional de la totalidad de funcionarios de carrera administrativa del Hospital Universitario CARI E.S.E, E.S.E. Hospital Niño Jesús de Barranquilla, Hospital Juan Domínguez Romero E.S.E. Soledad y la E.S.E. Hospital Departamental de Sabanalarga a la nueva E.S.E. Universitaria del Atlántico, en aras de salvaguardar los empleos del personal de salud, derechos adquiridos, y respetar las condiciones laborales de dichos trabajadores, teniendo en cuenta que continuarán laborando en el mismo lugar de trabajo.*

Al respecto, es importante recordar que este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, carece de competencia determinar y/o definir situaciones particulares de las entidades. Sin embargo, atendiendo el contexto expuesto la figura que puede aplicarse es la de la incorporación o reincorporación y no el traslado interinstitucional, esto con relación a los funcionarios de carrera administrativa.

QUINTA. *Sírvase indicar si en el contexto explicado en el acápite de hechos, creada la E.S.E. Universitaria del Atlántico y antes de ordenar la liquidación de las 4 ESE existentes, existe alguna prohibición legal que impida realizar la sustitución patronal de la totalidad de trabajadores oficiales del Hospital Universitario CARI E.S.E, E.S.E. Hospital Niño Jesús de Barranquilla, Hospital Juan Domínguez Romero E.S.E. Soledad y la E.S.E. Hospital Departamental de Sabanalarga a la nueva E.S.E. Universitaria del Atlántico, en aras de salvaguardar los empleos del personal de salud, derechos adquiridos, y respetar las condiciones laborales de dichos trabajadores, teniendo en cuenta que continuarán laborando en el mismo lugar de trabajo.*

Como se ha explicado anteriormente, para el caso de los trabajadores oficiales no hay una figura que permita la reincorporación de los mismos; sobre la sustitución patronal, podemos mencionar que no es aplicable teniendo en cuenta lo siguiente;

Sobre esta figura el Decreto 1083 de 2015 establece:

ARTÍCULO 2.2.30.6.17 Sustitución patronal. La sola sustitución del empleador no interrumpe, modifica ni extingue los contratos de trabajo celebrados por el sustituido. Entiéndase por sustitución toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración, sea por muerte del primitivo dueño o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria, o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas. La sustitución puede ser total o parcial, teniéndose como parcial la que se refiere a una porción del negocio o empresa, susceptible de ser considerada y manejada como unidad económica independiente.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo la situación planteada, la sustitución patronal no es admisible, habida cuenta que las entidades van a ser liquidadas, supuesto fáctico que no se encuentra dentro de lo entendido por *sustitución* en la definición establecida en el Artículo citado.

Finalmente, 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 en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Rad. No.: 68001-23-31-000-2004-02762-01(1960-11) - M.P: Gerardo Arenas Monsalve

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:18