



Función Pública

Concepto 187001 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000187001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000187001

Fecha: 23/05/2022 03:48:36 p.m.

Bogotá D.C.,

Referencia: TRABAJADORES OFICIALES *à* LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN *à* CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. Radicado 20222060198642 del 12 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta:

Si el acto administrativo dice que la gerencia decidió nombrar en propiedad a... En el cargo de profesional universitario, la empresa puede argumentar q esta nombrado en libre nombramiento cuando ni la resolución de nombramiento, ni el acta de posesión dicen q es en libre nombramiento... Al igual se evidencia q la resolución de creación del cargo no dice q el cargo es de libre nombramiento.

Cuál es el procedimiento para despedir a un funcionario el cual fue nombrado en propiedad.

Una empresa puede declarar insubsistente a un funcionario en propiedad sin existir proceso disciplinario.

Si estoy sindicalizada y no se notificó al sindicato para despedir sin justa causa argumentando que el cargo es de libre nombramiento.

Al respecto, es necesario indicarle primero que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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 le 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, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

En efecto, de acuerdo con la información suministrada en su escrito y la consultada en la página web de la Entidad EMSERFUSA E.S.P. le informo lo siguiente:

Respecto de la naturaleza de una empresa de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", establece:

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

(...)

PARÁGRAFO 1°. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.”

ARTÍCULO 41. APLICACIÓN DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5. del Decreto-ley 3135 de 1968.”. (negrilla fuera de texto)

Las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser: privadas, mixtas y oficiales. Sólo cuando el capital de la empresa es 100 % estatal, la empresa de servicios públicos domiciliarios es Oficial y por tanto quienes se vinculen a ella tendrán el carácter de trabajador oficial y se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales; por otra parte, si se trata de recursos provenientes del sector privado o aportes público privados serán empresas privadas o mixtas y sus trabajadores serán particulares regidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo con la información suministrada en su escrito, así como la información que reposa en la página web de la Entidad EMSERFUSA E.S.P. se colige que se trata de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios cuyos aportes son 100% oficiales, en consecuencia se trata de una entidad estatal, organizada como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y que según la clasificación que hace la Ley 142 de 1994, es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, de nacionalidad Colombiana, regulada por los estatutos sociales y por la ley 142 de 1994.

Respecto de la clasificación de los servidores públicos que prestan sus servicios en una empresa de servicios públicos domiciliarios, le manifiesto que conforme a lo señalado en la Ley 142 de 1994, así como en el Decreto ley 3135 de 1968, quienes presten sus servicios a las Empresas de servicios públicos oficiales, organizadas como Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se denominan trabajadores oficiales.

De acuerdo con lo anterior, por regla general la vinculación en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado es la de trabajador oficial y por excepción los empleados públicos de dirección y confianza, que son de libre nombramiento y remoción; en los estatutos de dichas empresas se precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Los trabajadores oficiales se vinculan 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. El régimen laboral de los trabajadores oficiales se ceñirá a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo.

De igual forma y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan. Por otro lado, los empleados públicos son los servidores cuya vinculación se formaliza a través del acto de nombramiento y la posesión, su relación laboral se encuentra establecida por la ley o por reglamentos. Por regla general los trabajadores de las empresas industriales y comerciales son trabajadores oficiales pero los estatutos deberán expresar las actividades de dirección y confianza ya que estos son empleados públicos, por lo tanto, los estatutos de la empresa deberán indicar cuáles son los empleados públicos y los demás serán trabajadores oficiales.

En consecuencia, en los estatutos se deben establecer las modalidades de contratación a la luz de lo establecido en la norma, advirtiendo que le corresponde a la empresa de servicios públicos reglamentar las formas de contratación.

Aclarado lo anterior procedemos a dar respuesta a cada una de sus inquietudes.

Si el acto administrativo dice que la gerencia decidió nombrar en propiedad a... En el cargo de profesional universitario, la empresa puede

argumentar q esta nombrado en libre nombramiento cuando ni la resolución de nombramiento, ni el acta de posesión dicen q es en libre nombramiento... Al igual se evidencia q la resolución de creación del cargo no dice q el cargo es de libre nombramiento.

La empresa como autoridad empleadora y nominadora es la que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, así las cosas, es la única que puede argumentar cual es el tipo de vinculación, toda vez que el Acto Administrativo no lo determina de forma concreta.

Cuál es el procedimiento para despedir a un funcionario el cual fue nombrado en propiedad.

El Concepto Sala de Consulta C.E. 1477 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, define como nombramiento en propiedad:

El nombramiento en propiedad entendido como aquel que se efectúa en cabeza de la persona, que además de cumplir los requisitos para desempeñar el cargo, ha sido seleccionado mediante concurso o siendo de libre nombramiento y remoción lo desempeñe en propiedad jurídicamente, es el que le confiere el fuero de estabilidad o permanencia en el empleo.

Teniendo en cuenta que desconocemos el tipo de vinculación al que se refiere en su inquietud, exponemos a continuación cuales son las causales de retiro del servicio, de los empleados de libre nombramiento y remisión, teniendo en cuenta la forma de vinculación en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, 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 razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188- 01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio 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”

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia 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”. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Así las cosas, no existe un procedimiento específico, el nominador declarará la insubsistencia de acuerdo con su facultad discrecional fundado en la necesidad de mejoramiento del servicio, el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Una empresa puede declarar insubsistente a un funcionario en propiedad sin existir proceso disciplinario.

Teniendo en cuenta que el tipo de vinculación al que se refiere en su inquietud no es claro, nos pronunciaremos sobre la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remisión, teniendo en cuenta la forma de vinculación en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio 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 contenido 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”

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia 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”. (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, 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. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Así las cosas, no debe existir un proceso disciplinario para declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Si estoy sindicalizada y no se notificó al sindicato para despedir sin justa causa argumentando que el cargo es de libre nombramiento.

Teniendo en cuenta que el tipo de vinculación al que se refiere en su inquietud no es claro, nos pronunciaremos sobre la insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remisión, teniendo en cuenta la forma de vinculación en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Así las cosas, no existe un procedimiento específico, el nominador declarará la insubsistencia de acuerdo con su facultad discrecional fundado en la necesidad de mejoramiento del servicio, el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Es importante señalar que la normativa y jurisprudencia aplicable no establecen que el sindicato deba dar autorización o ser notificado para retirar a un empleado que goza de fuero sindical, la autorización o permiso debe ser ante el juez laboral en caso que el empleado goce de fuero sindical.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Diana Salinas/HHS.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:18:42