



Función Pública

Concepto 070591 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000070591

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000070591

Fecha: 07/02/2024 08:37:31 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Desvinculación Gerente de una EICE RAD. 20249000015492 del 09 de enero de 2024.

“Una empresa industrial y comercial del estado, descentralizada del orden municipal 100% publico, elige su gerente a través de junta directiva por periodos de 2 años, cual sería su desvinculación si la junta directiva decide hacerlo antes que termine su periodo y ante qué tribunal se demandaría en caso que su desvinculación no fuera legal para una posible indemnización” me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016 modificado [1603](#) de 2023¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, no funge como ente de control y carece de competencia para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado y de los servidores públicos, así como tampoco, le compete decidir si una persona incurre o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

En relación con la clasificación de los servidores públicos la Constitución Política determina:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

De otra parte, la Constitución señala:

“Artículo 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...”

De acuerdo con lo previsto en la Constitución, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Determina igualmente la norma que, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, en consecuencia, se tiene que la clasificación de los cargos es propio del Legislador.

Respecto de la clasificación del cargo como gerente de una empresa industrial y comercial del Estado, se considera procedente recurrir a lo dispuesto sobre el particular en la Ley 909 de 2004², que señala lo siguiente:

“Artículo 5. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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.

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces” (Destacado fuera de texto)

De acuerdo con la anterior norma, el Legislador dispuso que el cargo de Gerente en las entidades que conforman el sector descentralizado del nivel territorial se clasifica como de libre nombramiento y remoción.

En este orden de ideas, se tiene que la clasificación de los empleos es una facultad exclusiva del Legislador, quien determinó que el cargo de gerente de una EICE corresponde a un cargo de libre nombramiento y remoción.

Ahora, la mencionada ley ³, dispone lo siguiente en relación con el retiro del servicio de los empleados nombrados en un empleo de libre nombramiento y remoción, a saber:

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;*

c) *INEXEQUIBLE. Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia C-501 de 2005.*

(Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004)

d) *Por renuncia regularmente aceptada;*

e) *Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

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;*

Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

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 adicione o modifiquen;*

k) *Por orden o decisión judicial;*

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1. INEXEQUIBLE. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

(Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005)

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.

(Ver Sentencia C-381 de 2005.)

(Ver Sentencia de Oct. 12 de 2011, Rad. 2005-01435, Consejo de Estado.)

(Ver Sentencia de mayo 17 de 2012, Rad. 2009-00141, Consejo de Estado.)

(Ver Arts. 2.2.5.2.1, 2.2.5.3.2 y 2.2.11.1.1, Decreto 1083 de 2015.)

(Ver Sentencia de Feb. 29 de 2016, Rad. 2012-00285, Consejo de Estado)”

En pronunciamiento de la Corte Constitucional⁴, se concluyó en los siguientes términos la discrecionalidad existente en los empleos de libre nombramiento y remoción, a saber:

“Excepciones al principio general de motivación de los actos administrativos.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos. En este

sentido, la Sentencia antes citada dijo lo siguiente:

“Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, Artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

“Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador.”

De conformidad con la norma y jurisprudencia citada, se tiene entonces que los empleados cuya vinculación se encuentra en un empleo de libre nombramiento y remoción, pueden ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador sin necesidad de motivar el acto administrativo que referencia su desvinculación, toda vez que esta circunstancia se encuentra avalada por la Constitución Política de Colombia, pues admite la existencia de empleos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador o empleador puede nombrar y remover libremente a quienes los ocupan.

Por ello, y según lo expuesto anteriormente, la naturaleza de los empleos públicos que se encuentran para proveer bajo libre nombramiento y remoción obedece a una relación subjetiva, puesto que la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o en aras de dar aplicabilidad o ejecutar una política.

Ahora, para responder a su interrogante, es procedente en cualquier momento declarar la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, por consistir en una estabilidad precaria dada la naturaleza de sus funciones, ya que requieren de la plena confianza del nominador.

Respecto a una posible indemnización, como se indicó inicialmente a este Departamento Administrativo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, en el caso que considere tener derecho a una indemnización deberá acudir al juez o autoridad competente, para que sea este el que decida sobre la situación.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor_normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Valentina Alfaro.

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional, Sala Plena, 21 de junio de 2000, Referencia: expediente D-2732, Consejero Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Fecha y hora de creación: 2025-02-05 14:11:49