



Función Pública

Concepto 250871 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000250871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000250871

Fecha: 16/06/2020 03:34:59 p.m.

Bogotá D.C.

REF. EMPLEOS. Creación. Autoridad facultada para crear cargos en una personería municipal. RAD. 2020-206-020-0020531-2 del 27 de mayo de 2020.

En atención a su comunicación, mediante la cual presenta varios interrogantes relacionados con el empleo de secretaria de personería municipal, me permito dar respuesta a los mismos en los siguientes términos:

1.- A su primer interrogante, mediante el cual solicita *“Se emita por parte de la CNSC un concepto o asesoría por escrito a cerca de cómo debo proceder en éste caso, frente a la formalización del cargo de Secretario de la Personería Municipal de Oiba - Santander, sin lesionar los derechos fundamentales de la persona que actualmente ocupa dicho cargo, quien ya está próxima a cumplir 11 años de haber sido nombrada y devenga todos los derechos laborales y prestaciones sociales que la ley prevé para los funcionarios públicos”*, se considera pertinente dividir este primer punto en dos partes; por un lado la formalización del empleo de secretaria de personería y en segundo lugar la forma de proveer empleos de carrera administrativa.

a). En cuanto a la primera parte, respecto de la formalización del cargo de secretario de la personería municipal, le indico:

De conformidad con lo previsto en el artículo [122](#) de la Constitución Política, se colige que 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.

En ese sentido, se colige que para reconocer y pagar salarios y prestaciones sociales a un empleado público se requieren dos condiciones a saber; por un lado que el empleo se encuentre creado en la planta de personal de la entidad y de otro, que se encuentren previstos sus correspondientes emolumentos.

En cuanto a las plantas de personal, es necesario precisar que se trata del conjunto de cargos permanentes requeridos para el cumplimiento de

los objetivos y funciones asignadas a una organización, identificados y ordenados jerárquicamente y que corresponden al sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos establecidos en los correspondientes actos administrativos.

En ese sentido, la planta de personal es la que le da soporte a la entidad, a fin de cumplir con los planes, programas y proyectos a su cargo; en consecuencia, sin la planta de cargos no es posible vincular al personal requerido para el cumplimiento de sus funciones.

Por lo anterior, no es procedente que una entidad u organismo público asigne funciones de un empleo público, reconozca y pague elementos salariales y prestacionales cuando no existe el cargo creado en la planta de personal de la entidad.

Frente al caso en particular se considera procedente traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección segunda - subsección "A", consejero ponente Dr. Jaime Moreno García, en expediente con radicación número: 25000-23-25-000-2003-06351-01(4595-05), en el que se indicó:

"...Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "funcionario de hecho", en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público. Por ello, existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en el principio a trabajo igual salario igual; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En el caso concreto, el actor, de manera irregular, fue designado conjuer, pero con las funciones y responsabilidades propias del Magistrado titular a quien debía reemplazar.

Tal irregularidad de orden administrativo, no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas laborales del servidor público designado irregularmente, "status" que mantuvo por casi seis meses. En tales condiciones ha de entenderse que el actor se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, pues, se repite, asumió las funciones propias del cargo, como quedó establecido en la certificación expedida por la Registradora Nacional del Estado Civil.

Así las cosas, habiendo el actor prestado sus servicios por el lapso reclamado, en condición de funcionario de hecho, por haber sido designado como Conjuer, pese a que se le asignaron las mismas funciones del Magistrado titular, resulta incuestionable que goza del derecho a que la administración le pague la respectiva remuneración. De acuerdo con los anteriores pronunciamientos, no puede admitirse, desde ningún punto de vista, que por no haberse ocupado el Gobierno del tema de los honorarios de los conjueres del Consejo Nacional Electoral, el actor no tenga derecho a la retribución económica que le corresponde por sus servicios prestados como Magistrado ad hoc, mal designado conjuer; tal interpretación literal produce a todas luces un efecto injusto, violatorio del artículo 53 de la C.P., opuesto a los mandatos de aplicación favorable de las disposiciones legales en materia laboral y, en el caso particular, de protección a la tercera edad, pues debe tenerse en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones del actor, aclarándola en el sentido de precisar que la suma que debe pagársele corresponde a la misma remuneración que recibe un Magistrado del Consejo Nacional Electoral, equivalente al 75% de la asignación que perciben los Consejeros de Estado, conforme a lo dispuesto en el decreto 760 de 1989.

EMPLEO - Concepto y clasificación / PROVISION DE EMPLEO - Clases / MOVIMIENTO DE PERSONAL - Traslado, ascenso y encargo

Se ha entendido por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural y a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente (art. 2º del Dcto 2400/68). Esto es, el desempeño de tareas oficiales, de facultades y competencias propias del empleo y de obligaciones derivadas de su ejercicio.

Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo (art. 3º Ley 4ª/92), por lo que no pueden existir categorías salariales

diferentes a las señaladas para un grado en particular. Por esa razón, a un cargo oficial le corresponde una determinada asignación salarial independientemente del servidor que lo desempeñe.

La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos (ordinario, provisional, período de prueba y encargo) y de movimientos de personal (traslado, ascenso y encargo). Asimismo, el servidor puede encontrarse, entre otras, en una comisión para desempeñar otro empleo público (situación administrativa)."

De acuerdo con lo planteado por el Consejo de Estado, en el evento que una persona se encuentre desarrollando actividades correspondientes a un servidor público y por ello reciba el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales correspondientes a un cargo público sin que se haya creado en la planta de personal de la entidad, es posible que nos encontremos frente a lo que la jurisprudencia ha denominado como funcionario de hecho, evento en el cual es pertinente que la administración revise sus actuaciones, los hechos que presuntamente originaron la relación laboral y en el evento que advierta que sea posible catalogarlo como un "funcionario de hecho" deberá normalizar dicha situación.

En ese sentido, en el caso que la entidad advierta que un servidor público ha sido vinculado sin el cumplimiento de las formalidades que la norma exige, en atención al pronunciamiento del Consejo de Estado y teniendo en cuenta que existen en el ordenamiento jurídico postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la entidad deberá examinar las circunstancias de su vinculación y en el evento que advierta que se encuentra frente a un "funcionario de hecho", deberá normalizar la situación, este estudio deberá realizarlo la administración a su interior de acuerdo con los documentos y los medios probatorios de que disponga.

En cuanto a la autoridad facultada para organizar la personería municipal, el numeral 9) del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, establece como función a cargo del concejo municipal, el organizar la contraloría y la personería y dictar las normas necesarias para su funcionamiento; en consecuencia, se tiene que es el concejo municipal la autoridad que debe crear la personería municipal.

Respecto de la planta de personal de las personerías municipales, el inciso tercero del artículo 168 de la Ley 136 de 1994 establece que las personerías contarán con una planta de personal, conformada, al menos por el personero y un secretario.

Para tal efecto, y en atención a lo previsto en el artículo 181 de la Ley 136 de 1994, los personeros tienen la facultad para presentar proyectos de acuerdo que deriven en la creación de los cargos de su dependencia, como es el caso de la secretaria.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del empleo de secretaria de personería municipal, se considera pertinente indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos y cargos en las entidades estatales son de carrera, se exceptúan los de elección popular, los trabajadores oficiales, los de libre nombramiento y remoción y los que determine la ley.

Frente al particular, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, reitera lo señalado en la Constitución Política y determina que los empleos en las entidades del estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, los temporales y los de libre nombramiento y remoción que cumplan los criterios allí establecidos.

Para el caso del cargo de secretaria de personería se tiene que no encuadra dentro de los criterios para ser contemplado como de libre nombramiento y remoción, en consecuencia, se tiene que se trata de un empleo de carrera administrativa.

b) En cuanto a la segunda parte de su primer punto, relacionado con la provisión del cargo de secretaria de personería, le indico lo siguiente:

Respecto de la forma de proveer empleos de carrera, se considera pertinente tener en cuenta el mencionado artículo 125 de la Constitución Política según el cual, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los

mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

De acuerdo con lo anterior, podemos deducir que la Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y el correspondiente período de prueba.

De otra parte, en cuanto a la forma de proveer temporalmente los empleos de carrera administrativa que presenten vacancia temporal o definitiva, es necesario precisar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1609 de 2019, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

En todo caso, el encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

En consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en el procedimiento señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el empleado con derechos de carrera que mejor derecho tenga para ser nombrado en encargo.

Es importante resaltar que el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, señala expresamente que si el empleado que se encuentra desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no reúne las condiciones y requisitos previstos en la norma, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

El artículo 25 *ibidem* establece que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, relacionado con una eventual indemnización a favor de quien ejerce las funciones de un empleo que no ha sido creado en la planta de personal de una entidad u organismo público, le indico que de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, solamente los empleados que cuentan con derechos de carrera pueden ser objeto de indemnización en el caso que se supriman sus cargos.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:04:09