



Función Pública

Concepto 15151 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000015151

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000015151

Fecha: 23-01-2019 11:43 am

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEOS. Funcionarios de hecho - Primacía de la realidad sobre formalidades escritas. Indagación Preliminar No. 43-2018
RADICACION. 2018-206-034166-2 del 10 de Enero de 2018

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual formula la siguiente consulta: Como se denomina al funcionario que ejerce un empleo dentro de una entidad pública, sin tener acto administrativo, ni de posesión, cuyo cargo no se encuentra en la planta de personal de la entidad, pero a pesar de ello, se encuentra inscrito en el registro de carrera administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

Sobre el particular el 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), 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.

EMPLEADO PUBLICO - Requisitos para ostentar esta condición / EMPLEADO DE HECHO - Concepto. Requisitos

Tradicionalmente se ha entendido que el funcionario que mediante acto administrativo válido es designado para ejercer un empleo del cual ha tomado posesión, adquiere la calidad de empleado público de derecho. Por el contrario, la calidad de empleado público se obtiene por el ejercicio de un empleo público debidamente creado, y al cual se haya llegado mediante el correspondiente nombramiento y posesión. Excepcionalmente se ha aceptado la existencia de los llamados empleados de hecho, pero cuyo requisito indispensable es que no solo se desempeñen unas funciones, sino que ellas correspondan efectivamente a un empleo público debidamente creado. Es decir, la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular.

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 medie un acto administrativo que dé cuenta de algún tipo de vinculación, 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.

De acuerdo con lo expuesto, 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 la 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.

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.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

R. González

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:58:19