



Función Pública

Concepto 054711 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000054711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000054711

Fecha: 16/02/2021 05:07:00 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – Encargo en empleo de libre nombramiento y remoción por suspensión provisional. Radicado: 20212060061112 del 05 de febrero de 2021.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con las opciones a las cuales puede acudir la Administración, con el fin de atender las funciones de dos cargos que desempeñaban empleados mediante libre nombramiento y remoción, Secretario de Salud y Secretario de Planeación respectivamente, y presentan suspensión provisional de sus funciones como consecuencia de un proceso penal, a saber:

1. ¿En el cargo de los funcionarios que están suspendidos, sin haber sido declarados insubsistentes se puede nombrar en propiedad a otros empleados mientras se define la situación jurídica de los funcionarios que tienen la medida de suspensión provisional de sus funciones?
2. ¿Con el fin de cumplir con las funciones del secretario de salud, se encargó la subsecretaria de Salud, por tanto, es viable que esta funcionaria devengue el salario del titular del cargo suspendido?
3. ¿Es jurídicamente viable el traslado de un funcionario del nivel directivo de libre nombramiento y remoción que está suspendido provisionalmente de sus funciones a un cargo de igual equivalencia, es decir, el cargo de secretario de planeación que está suspendido, trasladarlo al cargo de secretario de obras públicas y encargar de estas funciones al subsecretario de construcción y mantenimiento, y a la vez es posible que devengue el salario del secretario mientras se resuelve la situación jurídica?
4. ¿En el evento de que el proceso penal termine con sentencia absolutoria, se les debe cancelar los salarios dejados de percibir por el tiempo que estuvieron suspendidos?
5. ¿Si los funcionarios suspendidos no renuncian al cargo, se les puede declarar insubsistentes, teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentran suspendidos de sus funciones?

Me permito indicarle lo siguiente:

Con respecto a las situaciones que generan vacancia temporal en los empleos, el Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015¹ dispone, entre otras, cuando su titular se encuentre suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.

En el mismo estatuto sobre esta suspensión, el Artículo 2.2.5.5.47, dispuso lo siguiente:

“Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.”

De la disposición de precedencia, se tiene entonces que un empleado público en virtud de una orden emitida por autoridad judicial, fiscal o disciplinaria podrá ser suspendido en el ejercicio del cargo, para lo cual el nominador expedirá acto administrativo motivado suspendiendo provisionalmente al empleado, mientras se resuelve la situación penal que genera vacancia temporal en el empleo.

El tiempo que dure suspendido el empleado no es computable como tiempo de servicio activo para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. Sin embargo, el empleador deberá continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social, en la proporción que le corresponde, lo anterior da respuesta a su cuarto interrogante.

Teniendo claro lo anteriormente expuesto, para la provisión del empleo vacante temporal, el Decreto 1083 de 2015 dispuso lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.”
(Subrayado fuera de texto)

Del aparte normativo expuesto, se tiene que dentro de las entidades u organismos pertenecientes a la Rama Ejecutiva que cuenten con vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la situación administrativa de encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, siempre que cumplan con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

A partir de lo anteriormente expuesto, con relación a la situación administrativa de encargo en la cual puede verse implicado un empleado público, el mismo estatuto dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

El Artículo 2.2.5.5.43 ibidem por su parte, dispuso:

“Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.”

De lo que expresa la norma de precedencia, los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo con empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, cumpliendo claro está con los requisitos y el perfil que se exigen para su desempeño, para su caso en concreto, el término de duración del encargo por encontrarse su titular suspendido provisionalmente en sus funciones será por el término que se resuelva la situación jurídica del empleado.

Es importante indicar para el presente asunto, sobre la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción que, el Artículo 5^º de la Ley 909 de 2004² dispone que los empleos de los organismos y entidades son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de periodo fijo, conforme a la Constitución y la ley, los de los trabajadores oficiales, aquellos que son ejercidos por las comunidades indígenas y los de libre nombramiento y remoción.

Para estos últimos, su denominación al no contener el carácter de carrera administrativa obedece a su naturaleza, que se enmarca a los siguientes criterios:

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales.
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

De manera que, aquellos empleos públicos que se proveen bajo la figura de libre nombramiento y remoción, es por contener dentro de su naturaleza aquellas funciones que requieren entre otras, de la dirección, conducción y orientación institucional, de especial confianza por el manejo de bienes, dineros y/o valores del Estado o que cumplen funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

Ahora bien, con respecto a la provisión y la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, en la ley en comento se establece lo siguiente respectivamente:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

(...)”

“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; (...)

PARÁGRAFO 2o. 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. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En ese entendido, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para su desempeño, y aquellos servidores que los ocupen, podrán ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador y posteriormente declararse la insubsistencia del nombramiento mediante acto administrativo no motivado, por la especial confianza que caracteriza el ejercicio de estos empleos.

Así las cosas y atendiendo su primer interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el evento que se presente dentro de la administración municipal vacancia temporal en un empleo de libre nombramiento y remoción, toda vez que su titular se encuentra suspendido provisionalmente de sus funciones por orden judicial, podrá acudir de conformidad con lo dispuesto 2.2.5.5.43 al encargo durante el término que se defina la situación jurídica del empleado suspendido.

En cuanto a su quinto interrogante, como bien se expuso en precedencia, los empleos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por la discrecionalidad con que cuenta el nominador para remover y declarar la insubsistencia de quienes ocupan su titularidad, sin que requiera acto administrativo motivado, por lo tanto, para declarar la insubsistencia de estos empleados no se requiere mediar renuncia y se encuentra en potestad del alcalde municipal declarar la insubsistencia de los mismos.

Ahora bien, abordando su segundo interrogante, el Artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1083 de 2015, dispuso lo siguiente frente a la diferencia salarial del empleado encargado, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.44 Diferencia salarial. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.”

Por su parte, la Ley 344 de 1996³, en la materia dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.”

Ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo.” (Subrayado fuera del texto)

En ese mismo sentido, mediante sentencia⁴ proferida por la Corte Constitucional, con respecto a la remuneración que devengaría el empleado encargado por vacancia temporal, se pronunció señalando lo siguiente: *“El empleado encargado no puede recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. Permitir que quien desempeña un empleo por encargo temporal reciba la asignación del titular estando éste devengándola, contraviene lo dispuesto en los Artículos 122 y 128 de la Constitución Política.”*

En consecuencia, para dar respuesta a su interrogante, se considera que el empleado tiene derecho a percibir el salario del empleo en el cual se encuentra encargado, siempre y cuando su titular no lo esté devengando, como es el caso de la suspensión provisional de las funciones de un empleado por orden judicial, que de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.5.47, para ningún efecto y durante la suspensión no se cancelará la remuneración fijada para el empleo.

Por otra parte, y acudiendo a su cuarto interrogante, es importante aclarar que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre situaciones internas de las entidades, sin embargo, a modo de orientación de forma general, sobre la figura de traslado, el Decreto 1083 de 2015, dispone lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.”

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto.

El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial.

ARTÍCULO 2.2.5.4.3 Reglas generales del traslado. *El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.*

El traslado podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, siempre que el movimiento no afecte el servicio.”

De acuerdo con la norma transcrita y para dar puesta a su interrogante de forma general, para que sea procedente la figura de traslado dentro de las entidades territoriales, debe existir un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, con igual asignación salarial y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; así mismo, debe obedecer a necesidades del servicio o por solicitud del empleado, en este último evento, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio ni afecte la función pública.

Por lo tanto, el empleado que se encuentra provisionalmente suspendido de sus funciones podrá ser trasladado a otro empleo, siempre que el empleo al cual se pretende trasladar se encuentre vacante definitiva, con funciones afines a las que se desempeña, de la misma categoría, con igual asignación salarial y se exijan para su desempeño requisitos mínimos similares. Si se surte el traslado, toda vez que una vez revisada dentro de la administración se verificaron el cumplimiento de los presupuestos para su procedencia, el empleado al cual se pretende encargar como Secretario de Obras Públicas podrá percibir la diferencia salarial, puesto que su titular no se encuentra recibiendo la remuneración fijada para el empleo, en los términos dispuestos en el inciso 2° del Artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015.

Para más 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

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

3 “por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.”

4. Corte Constitucional, Sala Plena, 04 de septiembre de 1997, Ref.: Expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613 [Consejero Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Dr. Alejandro Martínez Caballero, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa]

Fecha y hora de creación: 2024-09-26 17:19:29