

**Función Pública**

Concepto 065551 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000065551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000065551

Fecha: 05/02/2024 03:05:51 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Funcionario de Hecho. Naturaleza. Cumplimiento Fallo Judicial. Vinculación. Funcionario. RADICACIÓN: 20239001142362 del 22 de diciembre de 2023.

Reciba un saludo de parte de Función Pública, en atención a la comunicación de la referencia, sobre la cual consulta:

En el Instituto Nacional de Vías se encuentra vinculada una persona que, en su época, tenía la calidad de trabajador oficial en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte ocupando un empleo denominado "chofer".

Al respecto, debe precisarse que de acuerdo con el proceso de supresión de dicha entidad y la consecuente creación del Ministerio de transporte y de INVÍAS, se suprimió el empleo de trabajador oficial con denominación de "Chofer" y las vinculaciones de las personas que se encontraban vinculadas en la referida entidad fueron terminadas.

Sin embargo, dicha persona fue vinculada nuevamente a INVÍAS, en cumplimiento de una orden judicial, a través de un reintegro en un cargo inexistente en la planta de personal y sin modificar las condiciones que esta tenía como trabajador oficial.

En tal sentido, desde el año 2002 a la fecha, dicha persona presta servicios de forma atípica y consecuentemente viene percibiendo una contraprestación por sus servicios, equiparándolos a los de los trabajadores oficiales del extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte,

Adicional a lo anterior, al día de hoy dicha persona tiene 69 años de edad, se encuentra en imposibilidad de continuar ejecutando actividades laborales de conducción y tampoco ha manifestado su interés de acceder a la pensión de vejez. Ante este contexto se pregunta.

¿Es procedente equiparar la vinculación de la persona a los empleados públicos vinculados a la planta de personal de INVÍAS? Es decir ¿puede entenderse que dicha persona tiene la calidad de empleado público o conserva su calidad de trabajador oficial?

¿Es procedente dar aplicación a la causal de retiro forzoso del servicio por edad, contemplado en la Ley 1821 de 2016, independiente de la naturaleza de la vinculación de esta?

En primer lugar es necesario precisar que la vinculación de los servidores públicos se encuentra reglada, la vinculación de los trabajadores oficiales es de carácter contractual, la de los empleados públicos es una vinculación legal y reglamentaria, debe mediar la expedición de un acto administrativo, razón por la cual se recomienda en primer lugar determinar en la hoja de vida del servidor cómo se dio cumplimiento a la decisión judicial.

Por lo tanto, de acuerdo con la comunicación en la cual relaciona los hechos, se deberá acudir al archivo y determinar a través de qué actuación administrativa se dio cumplimiento al fallo, si se celebró contrato o se expidió una resolución y de esta manera determinar cómo fue incorporado a la administración.

Ahora bien, si no se celebró contrato o no hay acto administrativo de vinculación legal y reglamentario, que defina la vinculación del mismo, se podría considerar como un funcionario de hecho, sobre el particular el Consejo de Estado, en sentencia 01 marzo de 2018, dispone:

"Asimismo, coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado: (i) los empleados públicos (relación legal y reglamentaria), (ii) los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y (iii) los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal), cada una con su propio régimen.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han aceptado que excepcionalmente existen funcionarios de facto o de hecho o

que carecen de investidura o la tienen de manera irregular, con título o sin él, que ejercen funciones públicas, quienes en principio fueron identificados en los siguientes eventos:

[...]

i) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; ii) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; iii) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por los administrados y iv) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional³³.

Empero, de acuerdo con la evolución jurisprudencial, se clasifican en dos grupos:

En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, *verbi gratia* la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, no obstante, continúa ejerciéndolo; etc.

En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer.

A guisa de corolario, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: a) que existan de jure el cargo (en la planta de personal) y la función ejercidos irregularmente, y b) que se desempeñe de la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada.

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones³⁶.

Cabe aclarar que cuando se indica que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe nombramiento o elección (según el tipo de cargo), ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Sin embargo, por el hecho de haber laborado para el Estado, en tal condición: no se adquiere la condición de empleado público, pero los actos administrativos expedidos por estos funcionarios de facto están amparados por la presunción de legalidad, de la misma forma que lo están los de los funcionarios de jure, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los ciudadanos³⁷, y también les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades propias de aquellos."

En similar sentido, esa Corporación, en fallo emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "A", Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García, en expediente con radicación número: 25000-23-25-000-2003-06351-01(4595-05), señaló:

"...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.

De acuerdo con lo anotado, puede tratarse de un funcionario de hecho.

De otra parte, en lo concerniente al retiro forzoso para empleados públicos, la Ley 1821 de 2016¹, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años señala:

“ARTÍCULO 1. Corregido por el Decreto 321 de 20171. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968”.

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015² establece:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieran 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.”

Por lo tanto, a partir de la expedición de la Ley 1821, la edad de retiro forzoso es de 70 años y se constituye un impedimento para desempeñar cargos públicos, por lo que, una vez cumplida la edad máxima para el retiro, de decir 70 años, no resulta viable que continúe vinculado en dicha entidad.

Finalmente, respecto del retiro de los trabajadores oficiales, en caso de considerarse que esta es la naturaleza de la vinculación, tenemos que, como su vinculación es de carácter contractual, la misma está reglamentada por la Ley 6^a de 1945³ y el Decreto 1083 de 2015, este último sobre las condiciones de la relación laboral establece:

ARTÍCULO 2.2.30.3.5 Incorporación de cláusulas favorables al trabajador. En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la entidad, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más

favorables para el trabajador.

De acuerdo a los apartes señalados, se precisa que, dentro de las condiciones laborales, se tendrán en cuenta las cláusulas pactadas en las convenciones colectivas o en los fallos arbitrales, así como en las normas del reglamento interno de trabajo, siempre que sean más beneficiosas para el trabajador. En lo no previsto allí, se regirá por las disposiciones previstas en la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 de 2015⁴ y demás normas que le sean aplicables.

No obstante lo anterior, la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales, señala:

“ARTÍCULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

ARTÍCULO 33 Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

PARÁGRAFO 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.” (Subrayado fuera de texto)

Con fundamento en lo expuesto, la entidad podrá solicitar el reconocimiento de la pensión y proceder al retiro independientemente del tipo de vinculación, contractual o legal y reglamentario.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Vivian Parra

Revisó: Maia Borja

116028.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas”

2 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

3 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

4 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2025-02-05 10:49:25