



**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 336491**

**Fecha: 27/07/2020**

Bogotá D.C.

**REFERENCIA. EMPLEOS.- Empleados de hecho- primacía de la realidad. RADICACION. 20202060269852 de fecha 26 de junio de 2020.**

En atención al oficio de la referencia por medio de la cual consulta sobre que procede en caso de haberse realizado un nombramiento en provisionalidad sin que mediase acto administrativo, me permito manifestarle lo siguiente:

En atención a su planteamiento jurídico, es pertinente indicar que frente al 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 conjuez, 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 Conjuez, 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 conjueces 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 conjuez; 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.

Respecto de la terminación del nombramiento en provisionalidad, es importante tener en cuenta que el Decreto 1083 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, señala:

***“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”*** (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>[1]</sup>, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

***“4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.***

*4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:*

« [...]»

*(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...].”(Subrayado fuera de texto).*

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

La Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

*“(…)En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*

«[...]

*Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa[66] o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.*

«[...]

*«En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto” (Subrayado fuera de texto).*

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

*“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”*

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 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 y tener en cuenta las condiciones para que sea retirado del servicio un empleado público vinculado en provisionalidad.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**ARMANDO LÓPEZ CORTES**

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

## NOTAS DE PIE DE PAGINA

1.

[1] Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***