

Cartilla Laboral

**Empleo, Situaciones
Administrativas, Jornada
Laboral y Retiro
de Empleados
del Sector Público**

**Escuela Superior
de Administración Pública**

Honorio Miguel Henríquez Pinedo
Director Nacional

María Magdalena Forero Moreno
Subdirectora de Alto Gobierno

Luz Amparo González Agudelo
**Subdirectora
de Proyección Institucional**

Mauricio Villalobos Rodríguez
Subdirector Académico

Yolanda Monsalve Medina
**Subdirectora Administrativa
y Financiera**

Édgar Sierra Cardozo
Secretario General

Andrés Felipe Álvarez Grajales
Decano Facultad de Pregrado

Zoraida Celis Carrillo
Decana Facultad de Postgrado

Carlos Roberto Cubides Olarte
**Decano Facultad de
Investigaciones**

Rubén Dario Calderón Jaramillo
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Germán Insuasty Mora
Jefe Oficina Asesora de Planeación

Rubén Dario Reyes Monsalve
Jefe Oficina Asesora de Sistemas

**Departamento Administrativo
de la Función Pública**

Elizabeth Cristina Rodríguez Taylor
Directora

Carla Liliana Henao Carmona
Subdirectora

Alberto Medina Aguilar
Director de Empleo Público

Elber Eliécer Rojas Méndez
**Director de Desarrollo
Organizacional**

María del Pilar Arango Viana
**Directora de Control Interno
y Racionalización de Trámites**

Claudia Patricia Hernández León
Directora Jurídica

Celmira Frasser Acevedo
**Jefe Oficina Asesora
de Planeación**

Alfonso Jairo de la Espriella
Jefe Oficina de Control Interno

Victoria Eugenia Díaz Acosta
Jefe Oficina de Sistemas

*CARTILLA LABORAL
EMPLEOS, SITUACIONES ADMINISTRATIVAS,
JORNADA LABORAL Y RETIRO
DE EMPLEADOS DEL SECTOR PÚBLICO*

Elaborada por:

María Carolina Arciniegas Gómez
Ruth Manrique Manrique
Jorge Alexander Duarte Bocigas
Profesionales Dirección Jurídica

Consuelo Arias Trujillo
Coordinadora Grupo Consultas Jurídicas

Claudia Patricia Hernández León
Directora Jurídica
Departamento Administrativo de la Función Pública

Diseño y diagramación:
Gabriela Osorio Valderrama
Área de Comunicaciones DAFP.

Junio 2009

Contenido

	Pág.
PRESENTACIÓN	9
CAPÍTULO I	11
EL EMPLEO PÚBLICO	13
1. Régimen General del Empleo	13
1.1. Definición de Empleo	14
1.2. Clasificación General de los Empleos	14
1.2.1. Clasificación según la Naturaleza de las funciones	15
1.3. Formas de Vinculación Laboral	16
1.3.1. Legal y Reglamentaria - Empleados Públicos	16
1.4. Provisión de los Empleos Públicos	17
1.4.1. Empleos de Carrera Administrativa	18
1.4.2. Empleos de Libre Nombramiento y Remoción	19
1.4.3. Traslado	22
1.5. Modalidad Contractual - Trabajadores Oficiales	28
1.5.1. Clasificación General	30
1.6. Sector Salud	34
CAPÍTULO II	39
SITUACIONES ADMINISTRATIVAS	41
2. Definición	41
2.1. Servicio Activo	42
2.2. Licencia	42
2.2.1. Licencia Ordinaria	42
2.3. Permiso	44
2.4. Encargo	45

Empleos, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público

2.4.1.	Encargo en Empleos de Carrera	46
2.4.2.	Encargo de Empleos de Carrera por Vacancia Temporal	46
2.4.3.	Encargo en Empleos de Libre Nombramiento y Remoción	47
2.5.	Comisión	49
2.5.1.	Comisión de Servicios	49
2.5.2.	Comisión de Servicios en El Exterior	53
2.5.3.	Comisión para adelantar Estudios	55
2.5.4.	Comisión de Estudios en el interior del país	56
2.5.5.	Comisión de Estudios en el exterior	58
2.5.6.	Comisión para desempeñar Cargos de Libre Nombramiento y Remoción	62
2.6.	Suspensión en el ejercicio de Funciones	64
2.7.	Prestando el Servicio Militar	68
2.8.	Vacaciones	72

CAPÍTULO III

73

JORNADA LABORAL

75

3.	Generalidades	75
3.1.	Régimen Legal	76
3.2.	Jornada Ordinaria Nocturna	78
3.3.	Jornada Mixta	78
3.4.	Horas Extras	78
3.5.	Trabajo Ordinario en Dominicales y Festivos	79
3.6.	Jornada Laboral ocasional en Dominicales y Festivos	80
3.7.	Jornada Laboral Trabajadores Oficiales	83

CAPÍTULO IV

85

RETIRO DEL SERVICIO

87

4.	Generalidades	87
4.1.	Declaratoria de Insubsistencia del Nombramiento	88
4.2.	Retiro Trabajadores Oficiales	90
4.3.	Renuncia	90
4.4.	Retiro por Derecho a Pensión de Jubilación o de Vejez y por Invalidez Absoluta	92
4.5.	Retiro por Edad o Retiro Forzoso	92
4.6.	Destitución	94

Empleos, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público

4.7.	Declaratoria de Vacancia del Empleo en el Caso de Abandono del Cargo	95
4.8.	Supresión del Empleo	97

PRESENTACIÓN

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en cumplimiento de su proceso misional de difusión, ha considerado necesario desarrollar varios temas de cotidiana aplicación por parte de los nominadores y jefes de recursos humanos de las distintas entidades públicas de los órdenes nacional y territorial, entre los cuales se destacan: las situaciones administrativas, la jornada laboral y el retiro del servicio de los empleados del sector público.

En el desarrollo de cada uno de los temas, fueron tenidas en cuenta las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, que se armonizan con algunos de los conceptos más relevantes emitidos por el Dirección Jurídica del Departamento.

Esperamos que esta cartilla contribuya para la toma de decisiones en el manejo del recurso humano al servicio del Estado.

ELIZABETH RODRÍGUEZ TAYLOR
Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública

Capítulo I

El Empleo Público

EL EMPLEO PÚBLICO

1. Régimen General del Empleo

De acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política “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.”

Lo anterior, como base constitucional del empleo nos indica lo siguiente:

- a) Los empleos públicos de cada entidad deben estar contemplados en su planta de personal, la cual tiene fundamento en el artículo 189 numeral 14, para el orden nacional y en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 para el orden territorial, Gobernaciones y Alcaldías, respectivamente.
- b) Las funciones y requisitos generales de los empleos están definidos en la ley. Para el orden nacional, se encuentran en el Decreto Ley 770 de 2005 y para el orden territorial en el Decreto Ley 785 de 2005. Cada entidad deberá establecer su propio manual específico de funciones y requisitos, según lo contemplado en el artículo 9º del Decreto 2539 de 2005 en el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos Ley 770 y 785 de 2005.
- c) Los emolumentos de los empleos deben constar en el presupuesto correspondiente a cada entidad.

1.1. Definición de Empleo

En el artículo 2º del Decreto 770 de 2005, define el empleo como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”

Además, consagra la norma que las competencias laborales, las funciones y los requisitos específicos serán fijados por los respectivos organismos o entidades, atendiendo a los establecidos por el Gobierno Nacional, en los términos del artículo quinto del mencionado decreto, con excepción de los empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley.

1.2. Clasificación General de los Empleos Públicos

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 de la Constitución Política, el término “servidor público” es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra en su inciso primero que “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”

La Ley 909 de 2004 en su artículo 5, establece la clasificación de los empleos de las entidades y organismos regidos por dicha Ley y consagra, como regla general, que los empleos son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas de acuerdo con su legislación. Además, señala los criterios para la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968, en su Artículo 5º, define quienes son considerados empleados públicos y trabajadores oficiales, de la siguiente manera:

“Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos **son empleados públicos**; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son **trabajadores oficiales**.”

Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, son **trabajadores oficiales**; sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de **empleados públicos**.” (Resaltado fuera del texto)

1.2.1. Clasificación según la naturaleza de las funciones

Los niveles jerárquicos de los empleos de las entidades y organismos del orden nacional se encuentran señalados en el artículo 4 del Decreto 770 de 2005, para el orden territorial en el artículo 4 del Decreto 785 de 2005.

En los citados Decretos los empleos se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial, a los cuales les corresponden las siguientes funciones generales:

“**Nivel Directivo.** Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional.

Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución”.

1.3. Formas de Vinculación Laboral

En términos generales, tenemos dos formas de vinculación laboral al servicio público: la legal y reglamentaria, para empleados públicos y la contractual, para los trabajadores oficiales.

En este punto es necesario precisar que la modalidad de vinculación con la administración pública mediante contratos de prestación de servicios no es laboral. Estos contratos se celebran para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando dichas actividades no puedan ser desarrolladas con personal de planta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

1.3.1. Legal y Reglamentaria – Empleados Públicos

En términos generales el régimen de administración de personal de los empleados públicos se encuentra consagrado en el Decreto 2400 de 1968, reglamentado en el Decreto 1950 de 1973. En cuanto a la carrera administrativa, este tema se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004 y sus normas complementarias y reglamentarias.

Los empleados públicos tienen con la administración una relación legal y reglamentaria que se materializa en un acto administrativo de nombramiento y su posterior posesión.

La nota principal de tal situación es que el régimen del servicio o de la relación de trabajo, si se prefiere el término, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad de que el empleado pueda discutir las condiciones del empleo, ni fijar alcances distintos de los concebidos por las normas generales y particulares que la regulan.

El inciso segundo del artículo 122 de la Constitución Política señala que “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.”

Por su parte, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 46, establece frente a la posesión del empleado que una vez comunicado y aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de aceptación, término que podrá prorrogarse si el designado no residiere en el lugar del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora. Esta prórroga no podrá exceder de noventa (90) días y deberá constar por escrito.

Así mismo, señala el Artículo 47 *Ibidem*, que ningún empleado entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y de desempeñar los deberes que le incumben. De este hecho deberá dejarse constancia por escrito en acta que firmarán quien da la posesión, el posesionado y un secretario, y en su defecto dos testigos.

La omisión del cumplimiento de cualquiera de los requisitos que se exigen para la posesión no invalidará los actos del empleado respectivo, ni lo excusa de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, desde el momento en que la persona designada toma posesión del empleo adquiere la calidad de empleado público. Tal calidad se conserva hasta el momento en que se configure cualquiera de las causales de retiro del servicio y se produzca el cese definitivo de funciones públicas.

1.4. Provisión de los Empleos Públicos

Los empleos públicos se pueden proveer de manera definitiva, o de manera transitoria mediante encargo o nombramiento provisional. Los términos de las mismas varían dependiendo de si el cargo es de de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

De igual manera, los empleos públicos se pueden proveer de manera temporal mediante las figuras del supernumerario o de empleos temporales.

Los Supernumerarios se vinculan atendiendo las necesidades de servicio, para suplir vacancias temporales de los empleados públicos, en especial en casos de licencias o vacaciones, así como para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978.

Los empleos de carácter temporal, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, se pueden crear en las plantas de personal, con sustento en un estudio técnico que así lo determine, para lo cual se contará con apropiación y disponibilidad presupuestal destinados a cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Estos empleos se crean para desarrollar las siguientes funciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.”

Para la provisión de estos empleos se acudirá a las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, o mediante procesos de evaluación y competencias de los candidatos.

1.4.1. Empleos de Carrera Administrativa

La provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa se hará de acuerdo al orden de prioridad establecido en el Artículo 7º del Decreto Número 1227 de 2005, así:

1. Con el funcionario que ostentaba derechos de carrera al momento de su retiro del servicio y cuyo reintegro sea ordenado por autoridad judicial.
2. Con los funcionarios de carrera administrativa desplazados por razones de violencia ordenada por la Comisión Nacional del Servicio Civil (Art. 52 Ley 909 de 2004).
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el citado decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente para el cargo y entidad respectiva.
5. Con la persona que ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente conformada con ocasión de un concurso general.
6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles según lo establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Finalmente, de no ser posible la provisión del cargo en el citado orden, se realizará con quien ocupe el primer lugar en el proceso de selección que se efectúe para la respectiva entidad.

En el evento de realizarse la provisión a través de nombramiento en período de prueba, sólo hasta que se produzca la calificación satisfactoria de dicho período se entiende que está provisto definitivamente el cargo, en razón a que puede darse el caso de una calificación insatisfactoria o que el nombrado no lo culmine (inciso 2º numeral 5º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004).

Los cargos de carrera administrativa también pueden proveerse de manera transitoria mediante encargo o nombramiento provisional. El encargo recae en personal con derechos de carrera y el nombramiento provisional con personal que no haya sido sometido a un proceso de selección. Respecto del encargo, el mismo será tratado en el desarrollo del tema de las situaciones administrativas.

1.4.2. Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

De conformidad con la Ley 909 de 2004, 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.

Frente al tema, la **Corte Constitucional en Sentencia C-540/98**, señaló:

“... los empleos del Estado son de carrera y la excepción los de libre nombramiento y remoción.

*De otra parte, la Constitución prevé los empleos públicos de **libre nombramiento y remoción**, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 CP), autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales.”*

Respecto de este tema consideramos importante hacer referencia a los empleos calificados por la Ley 909 de 2004, artículo 47, como de Gerencia Pública, que son los que conllevan ejercicio de responsabilidad directiva en la ad-

ministración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial. Igualmente, establece la norma que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, para su provisión se deberán observar las disposiciones sobre este tema en la Ley 909 de 2004, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza.

Concepto DAFP

REF.: EMPLEOS. ¿A cuáles empleos se aplican las normas de Gerencia Pública?



- 1) La Ley 909 de 2004, a diferencia de las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992 y 443 de 1998, es una disposición que contempla, además de la regulación de la carrera administrativa, otros temas como son el empleo público y la gerencia pública.

El campo de aplicación de la Ley 909 de 2004 es bastante amplio, puesto que abarca entidades del orden nacional y territorial, como se contempla en su artículo 3°.

(...)

Concretamente sobre el tema de gerencia pública, el artículo 47 de la mencionada ley, dispone en el numeral 1 que los cargos de naturaleza gerencial son aquellos “que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial”. Y en su numeral 2 establece:

“Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título.

- 2) Para efectos de la definición del tema consultado, se considera necesario hacer referencia a lo que comprende la Rama Ejecutiva del orden nacional, respecto de lo cual el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:



“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)”

De acuerdo con lo anterior, la Ley 909 de 2004 contiene disposiciones que aplican, de manera general, a los empleados públicos de carrera o de libre nombramiento y remoción; otras disposiciones rigen exclusivamen-



te a los empleados de carrera, y otras sólo a los cargos de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial, que son aquellos que tienen responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, con las excepciones que expresamente contempla el numeral 3º del artículo 47 de la Ley 909 de 2004.

En consecuencia, los empleos de gerencia pública de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial son destinatarios de las disposiciones contenidas en el Título VIII de la Ley 909 de 2004 y, por lo tanto, deben suscribir Acuerdos de Gestión en los términos del artículo 50 de la citada ley.

1.4.3. Traslado

Otra de las formas de provisión definitiva de los empleos públicos, de acuerdo con el Decreto 1950 de 1973, es el traslado, el cual se produce cuando se provee un cargo en vacancia definitiva con un empleado en servicio activo, observando que el empleo a proveer tenga 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 de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares.

De acuerdo con el citado Decreto 1950 de 1973, las características del traslado son las siguientes:

- El cargo al que se va a trasladar el empleado debe estar vacante en forma definitiva
- Los empleos deben ser de la misma categoría y tener funciones y requisitos afines o similares.
- Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro.
- Para realizar los traslados entre entidades, los jefes de cada una de éstas deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

- El traslado se puede hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.
- Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los funcionarios interesados, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.
- Se deben conservar los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio.

Las normas y la jurisprudencia del Consejo de Estado coinciden, en términos generales en que el traslado del empleado público, ya sea de libre nombramiento y remoción o de carrera, es procedente por necesidades del servicio, siempre y cuando no se desmejore al empleado en sus condiciones laborales, salariales y personales, especialmente en lo relacionado con la estabilidad de su núcleo familiar, salud y educación entre otros. Sin embargo, cada caso debe ser considerado individualmente frente a las condiciones que lo rodean.

Concepto DAFP

Ref.: ¿Qué debe entenderse por la expresión “condiciones menos favorables” a que alude el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, respecto al traslado de funcionarios?. Rad. 3123 de 2007

El Consejo de Estado, en sentencia de octubre 30 de 1995 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, expediente No. 7106, con ponencia del Consejero Dr. Diego Younes Moreno, se pronunció sobre el tema de los traslados de empleados públicos con derechos de carrera. En esta oportunidad se revisa el caso de un funcionario trasladado a otra ciudad, argumentos aplicables de manera general a los traslados realizados al interior de una entidad como puede ser el caso de la reubicación de empleos. En el mencionado fallo expresó esa Corporación:

“Como la demanda, el fallo y el recurso de impugnación, se circunscriben al alcance del artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 en lo que se refiere a que la administración puede efectuar el traslado de un empleado por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el em-





pleado”, y a juicio del tribunal esas condiciones de favorabilidad las cumple la administración respetando el cargo, el nivel jerárquico, y el grado salarial como condiciones objetivas, sin tener en cuenta los aspectos subjetivos que pueda sufrir el empleado con ocasión del traslado, es esta la oportunidad para examinar dicha figura jurídica desde el punto de los funcionarios inscritos en carrera administrativa.

(...)

6. En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado el grado salarial, el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardó su derecho a la estabilidad, lo cual vulnera el derecho que le otorga la carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causó perjuicios de orden familiar, económico y personal, como a continuación se precisará.

7.- Examinado el acervo probatorio, se observa que quedaron probadas las condiciones menos favorables que le ocasionó el traslado al actor, tanto desde el punto de vista familiar como económico.

(...)

De acuerdo con lo anterior, los traslados de los empleados de carrera son viables por necesidades del servicio, siempre que se observen los requisitos y las condiciones establecidas en las normas en mención y no impliquen condiciones menos favorables al empleado, lo cual se traduce no solamente en cuanto a las condiciones objetivas referidas al cargo, el nivel jerárquico y el grado salarial, sino las subjetivas, referidas a los aspectos familiar y personal. **Concepto: EE3942 del 25 de mayo de 2007.**

La reubicación de empleos

Un aspecto que se considera importante establecer es la diferencia entre las figuras del traslado y la reubicación de empleos, por cuanto las dos tienen connotaciones diferentes pero de tratarse de movimientos de personal a otras

sedes territoriales, se aplicarán las normas del traslado en cuanto a que el movimiento no puede implicar condiciones desfavorables al empleado.

La reubicación de empleos es una figura utilizada por la administración que tiene como finalidad ubicar el personal y distribuir los empleos en las áreas que se requieran dentro de las plantas de personal global, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad.

De tal manera, la administración podrá distribuir los empleos y ubicar el personal, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad. Se debe tener en cuenta la viabilidad de la reubicación de los empleos tratándose de planta de personal global; sobre este aspecto se precisa que dicha figura no podrá darse entre entidades, sino que se trata del manejo de personal de la entidad.

Concepto DAFP

Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. TRASLADO. Procedencia. **REUBICACIÓN DE EMPLEOS.** Tratándose de plantas globales de personal ¿es viable reubicar los empleos en otras sedes? RAD. 10631 de 2004.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 a 33 del Decreto 1950 de 1973, es procedente el traslado de un empleado de carrera para proveer un empleo vacante definitivamente, siempre que las funciones sean afines al cargo que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; que obedezca a necesidades del servicio, siempre que no implique condiciones menos favorables para el empleado, o a solicitud de éste, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.

Las mismas disposiciones le garantizan al empleado la conservación de los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio; además, si el traslado conlleva cambio de sede, la entidad deberá reconocerle los gastos que demande el mismo.





Sobre la figura del traslado, el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades, así:

- La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto radicado con el N° 1047 del 13 de noviembre de 1997, señaló:

“(...)

El traslado... procede por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado”; también a solicitud del funcionario interesado, sí el movimiento no perjudica al servicio. Es decir, cuando el traslado se origina en la administración no puede conllevar condiciones desfavorables al servidor, y cuando proviene de la iniciativa del empleado interesado, no puede serlo en detrimento del servicio.

Las normas que regulan el régimen de traslados son comunes tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los de carrera administrativa, en lo que no resulte incompatible con los estatutos de carreras especiales, porque se trata de disposiciones sobre administración de personal y no propiamente de carrera.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación sobre la procedencia de configurar el abandono del cargo o del servicio cuando no se asumen las funciones asignadas, estando en servicio activo; la Sección II del Consejo de Estado advierte que se podría declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo en el evento de negarse el servidor a ocupar el nuevo nombramiento (Radicación 5975 del 21 de noviembre de 1994).

- La Sección Segunda de la misma Corporación, mediante Sentencia del 30 de octubre de 1995, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno, respecto a los traslados de los empleados de carrera administrativa, expresó:



“En efecto tratándose de un funcionario de carrera administrativa, la estabilidad como derecho inherente a esta clase de empleados debe ser objeto de un análisis distinto que si se tratara de un empleado ajeno a la carrera administrativa.”

“Desde luego que el desmejoramiento no podría alegarse si la convocatoria para el concurso establece la posibilidad de desempeñarse en diferentes sedes geográficas, por cuanto en este caso no se cambian las reglas de juego que el concursante conocía.”

“La estabilidad que brinda la carrera administrativa no se cumple solamente con la observancia externa de elementos formales tales como el grado del cargo, el nombre del empleo, y la similitud de sus funciones en el caso de un traslado, sino que además ella se objetiviza con el comportamiento de la administración frente al empleado, y el análisis de las necesidades del servicio.”

“En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado, el grado salarial el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardó su derecho a la estabilidad, lo cual vulnera el derecho que le otorga la carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causó perjuicios de orden familiar, económico y personal (...).”

2. Con relación a las implicaciones que tiene el concepto de planta de personal global y la reubicación de empleos dentro de esta modalidad, debemos partir de la consideración de que este modelo de planta de personal consiste en la relación detallada de los empleos que requiere una entidad para el cumplimiento de sus funciones, sin identificar su ubicación en las diferentes dependencias que hacen parte de la estructura de la organización (tomado de la “Guía Metodológica para Reestructuración de Entidades Públicas, Departamento Administrativo de la Función Pública, 1999)
(...)



Como puede observarse, la ley permite el traslado por necesidades del servicio, siempre que no implique condiciones menos favorables para el empleado, que según el Consejo de Estado no solamente serían las condiciones objetivas referidas al cargo, el nivel jerárquico y el grado salarial, sino las subjetivas, contenidas en aspectos de índole familiar y personal.

La figura del traslado de empleados públicos ya sea de libre nombramiento y remoción o de carrera, aunado al concepto de planta de personal global y flexible, constituyen mecanismos que permiten la implantación de una administración pública al servicio de los intereses generales y desarrollada conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

En consecuencia, será procedente y adecuado el traslado de un empleado o la reubicación de empleos, con mayor razón si se trata de una planta de personal global, siempre que sea por necesidades del servicio, se ajuste a las normas legales, y que no se desmejoren las condiciones laborales, salariales, personales y familiares del funcionario, lo cual, de acuerdo con los fallos de la Corte, deberá tener presente la entidad en forma individual, analizando a fondo la existencia de situaciones particulares que puedan vulnerar en forma grave los derechos fundamentales del empleado, puesto que según el alto Tribunal Constitucional, no todas las implicación de orden familiar, personal y económica del trabajador, causadas por el traslado, tienen relevancia constitucional para determinar la necesidad del amparo. **EE 8189 de septiembre 10 de 2004.**

1.5. Modalidad Contractual – Trabajadores Oficiales

Fundamento Legal

- Decreto 2127 de 1945
- Ley 6 de 1945
- Ley 10 de 1990
- Ley 100 de 1993

La modalidad contractual otorga a quien por ella se vincula a la Administración, el carácter de trabajador oficial, lo cual se materializa en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliegos de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva.

Al respecto el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, en sus artículos 1, 2, 3, y 19 señalan:

“Artículo 1: Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquel cierta remuneración.

Artículo 2: En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.*
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y*
- c) El salario como retribución del servicio.*

Artículo 3: Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le de, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera...

Artículo 19: En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convencionales colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la empresa, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador...”

1.5.1. Clasificación General

El citado Decreto 3135 de 1968 establece la clasificación de los empleos en el orden nacional, la cual es aplicable al territorial, de acuerdo con la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 7 de abril de 1981. De igual manera, El Decreto 1333 de 1986, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal, señala:

Artículo 292. Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Con el fin de conocer el alcance de los términos “construcción” y “sostenimiento” de obras públicas, a que hacen referencia las normas mencionadas, tenemos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la CONSTRUCCIÓN como la realización y ejecución, creación, edificación o reconstrucción de obra.

El Doctor Pedro A Lamprea, en su libro “Practica Administrativa” Tomo I realiza un estudio detallado del concepto de construcción y mantenimiento de obra pública resumiéndose así:

Dice el autor que la “construcción consiste en la agregación de materiales cuyo resultado es una edificación y que las actividades de mantenimiento van encaminadas a realizar todos los actos indispensables para evitar la perdida o deterioro del bien.

“El MANTENIMIENTO puede entenderse como toda acción dirigida a la conservación de la cosa, pero más bien encaminada a la funcionalidad del bien mantenido; pues la idea de mantener implica conservar una cosa en su ser para que se halle en vigor y permanencia.”

Es de advertir que el mantenimiento o construcción de obra pública esta referida a un bien inmueble, como serian por ejemplo las vías del municipio; así se deduce de la definición de contrato de obra publica que trae la Ley 80 de 1993, cuando dice que son aquellos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualesquiera sean la modalidad y el pago.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, en relación con la OBRA PÚBLICA, expresa:

OBRA PÚBLICA es la de interés general y destinada al uso público; como las carreteras, los puertos, los ferrocarriles, aeródromos, canales, pavimentación de calles, puentes u otras muchas. Además, todo trabajo de conservación de las existentes y de las de simple ornato general. La iniciativa y el costo de las obras públicas corresponde a la Administración en todos sus grados, desde el Estado al municipio; aunque incumben al poder ejecutivo central todas la que por intereses generales o elevado presupuesto, requieren tal iniciativa o financiación.

Sobre este tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia del 31 de agosto de 1994, con Ponencia del Magistrado Rafael Méndez Arango, señaló:

“... determinar si la labor o actividad del sector público esta relacionada directa o indirectamente con las obras públicas, a fin de calificar si se trata o no de un trabajador oficial, es cuestión de hechos y no legal, y por lo mismo en cada caso debe ser probada procesalmente.

*El carácter de trabajador oficial vinculado a la construcción de obras públicas no puede circunscribirse, pues no es criterio de la ley, “al obrero de pica y pala”. La Corte ha reconocido que **dentro del concepto “sostenimiento de obras públicas” quedan comprendidas personas, que por ejemplo realizan actividad de sostenimiento de la maquinaria y equipo destinado a la construcción de la obra que, sin embargo, no le priva el carácter de “trabajador oficial”**. (Resaltado nuestro)*

Y si se califica como trabajador oficial a quien sostiene y repara las maquinas directamente vinculadas a las obras públicas, no aparece acertado dejar de clasificar como tal a quien con su actividad sustenta a las personas naturales que dedican su esfuerzo y actividad a dicha construcción...”

También se debe tener en cuenta frente a la clasificación de los trabajadores oficiales que ésta no se da por la naturaleza del acto de vinculación, sino que además de tener en cuenta la entidad donde se presta el servicio, se apoya en la clase de actividad que desempeña el servidor. Por tal razón, si un funcionario se vinculó a través de una relación legal y reglamentaria, pero las funciones y la categoría del empleo son propias del trabajador oficial, ésta será su calidad. Por el contrario, si la vinculación se hizo a través de una relación contractual, pero el cargo y las funciones desempeñadas son propias de las de un empleado público, ésta es su calidad, y no podrá tenerse en cuenta la categorización que se haya hecho a través de acuerdos o convenciones colectivas, en contravía de un ordenamiento legal.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha venido señalando: “El criterio utilizado por la ley para distinguir a un empleado público de un trabajador oficial no es el de la naturaleza del acto de su vinculación, sino que se apoya en la naturaleza de la entidad donde presta sus servicios y, excepcionalmente, tiene en cuenta la clase de actividad que desempeña el servidor, como en el caso de la construcción y del sostenimiento de obras públicas. Así por ejemplo un empleado público no perderá su condición de tal por el hecho de haber sido vinculado mediante un contrato de trabajo o quien desempeñe una actividad de calidad de trabajador oficial por haberse vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, pues **no es el vínculo jurídico el que determina la condición de empleado o trabajador sino, por el contrario, es aquella condición la que determina el vínculo**”.

Concepto DAFP

Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Viabilidad de conceder licencia no remunerada, comisión de estudios y encargar de un empleo público a un trabajador oficial.

PRESTACIONES SOCIALES - SUBSIDIO DE ALIMENTACION - Reconocimiento a los trabajadores oficiales. RAD. 11074-07

“(…) las normas aplicables en materia de Administración de personal a los trabajadores oficiales son las contempladas en el Decreto 2127 de 1945, en cumplimiento con lo que esté consagrado en el reglamento interno de trabajo, contrato y convención colectiva.

Por otra parte, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, expresó que la modalidad contractual laboral de vinculación con la Administración pública otorga a quien por ella se el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones laborales.

Por lo tanto, lo relacionado con las situaciones administrativas como licencia, comisión y encargo, son entonces, condiciones que pueden ser discutidas y acor-





dadas por las partes. Es decir, los trabajadores oficiales pueden solicitar el otorgamiento de alguna de las anteriores situaciones administrativas al nominador de la entidad, quien dentro de sus facultades, deberá estudiar dicha posibilidad; o de otra parte, también podrán ser otorgadas si se encuentran complementadas en los respectivos reglamentos internos de trabajo, pactos o convenciones colectivas.

De otra parte, debemos tener en cuenta que el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil, no puede ser aplicado a los trabajadores oficiales, pues éstos se rigen por las normas del contrato de trabajo y poseen un campo de acción más amplio regido por la voluntad de las partes. El mencionado decreto preceptúa que las situaciones Administrativas en que puede encontrarse un empleado son las siguientes:

- En servicio activo
- En licencia
- En permiso
- En comisión
- Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo
- Prestando servicio militar
- En vacaciones, y
- Suspendido en ejercicio de sus funciones

Respecto de la viabilidad de encargar a un trabajador oficial de un empleo público, se tendrá en cuenta que esto podría conllevar la modificación de condiciones laborales propias de los trabajadores oficiales, entre ellas, las cláusulas del contrato.

Por último, la procedencia del reconocimiento del derecho al subsidio de alimentación para los trabajadores oficiales, también debe ser discutida por las partes, ya que por lo anteriormente expuesto, el trabajador oficial al tener una relación contractual con la administración, puede negociar sus condiciones laborales.

(...)

Así las cosas, cabe señalar que al ser usted una empleada pública, no puede beneficiarse de derechos laborales pactados en convenciones colectivas de trabajo, dado que éstas son creadas para beneficio único de los trabajadores oficiales quienes se rigen por el contrato de trabajo y por lo pactado en dichas convenciones.

Finalmente, compartimos la posición planteada en los conceptos emitidos por el Ministerio de la Protección Social, adjuntos a la consulta, en los cuales concluye que los empleados públicos no son beneficiarios de la convención colectiva, siendo ésta aplicable solamente a los trabajadores oficiales. **EE8807 de Noviembre 22 de 2007.**



1.6. Sector Salud

En el sector salud, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, la regla general es que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán el carácter de trabajadores oficiales quienes realizan actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales. A su vez, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado, establece que “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990”.

Concepto DAFP

Ref.: EMPLEOS.- CLASIFICACIÓN.- ¿Qué personal tiene la calidad de trabajador oficial en una entidad de salud? RAD. 10227-06.

“(...)

Teniendo en cuenta que no se ha expedido reglamentación alguna que precise qué actividades comprende





el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales, se deberá acudir a la interpretación por el método de análisis semántico, o a la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia.

Mantenimiento de la planta física. “Mantenimiento. Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente”.

“Instalaciones. Conjunto de cosas instaladas”. “Instalar. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc. (Diccionario de la Real Academia Española).

Pedro A. Lamprea en su libro “Práctica Administrativa” Tomo I. 1988 sobre el concepto de “mantenimiento” expresa lo siguiente:

“El mantenimiento puede entenderse como toda acción dirigida a la conservación de la cosa, pero más bien encaminada a la funcionalidad del bien mantenido; pues la idea de mantener implica conservar una cosa en un ser para que se halle en vigor y permanencia.

“...las actividades de mantenimiento van encaminadas a realizar todos los actos indispensables para evitar la pérdida o deterioro del bien. Corresponde a la mejora necesaria del derecho civil”. (Se subraya).

De esta manera, podemos entender por planta física la integrada por aquellos bienes muebles e inmuebles destinados al cumplimiento de los objetivos de la entidad, ejemplo, edificaciones, equipos y máquinas fijas, etc.

En consecuencia, el “mantenimiento de la planta física hospitalaria” comprendería las labores o actividades tendientes a la conservación y funcionalidad de los bienes que la integran.



Servicios Generales. Dentro de la estructura organizacional que se ha venido proponiendo para las entidades de la Rama Ejecutiva se hace referencia al área Administrativa, la cual comprende la Unidad Financiera, la de Recursos Humanos y la de “Servicios Generales”.

Las actividades que conforman los “servicios generales”, tienen la connotación de servir de apoyo a la entidad, como un todo, para su correcto funcionamiento. Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual. Dentro de éstos podemos precisar los suministros, el transporte, la correspondencia y archivo, la vigilancia, cafetería, aseo, jardinería, etc.

Sobre el mismo tema, el Ministerio de Salud en Circular No.12 del 6 de febrero de 1991 fijó pautas para la aplicación del parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector Salud de la siguiente manera:

“son aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, que no impliquen dirección y confianza del personal que labore en dichas obras, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Igualmente es necesario precisar que se entiende por Servicios General.

“Son aquellas actividades que se caracterizan por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, entre otras”.

Ahora bien, en las entidades prestadoras de servicios de salud su objetivo, esencial, es la atención de la salud, a la cual la Constitución Política le da el carácter de servicio público a cargo del Estado.



Por otra parte, para mayor ilustración sobre la naturaleza de los empleos en el sector salud, debemos precisar lo siguiente respecto del caso específico de los conductores, según lo expresado anteriormente y lo que señala el concepto del Ministerio de Salud:

“(...) los cargos de conductor y celador, son actividades propias para ser desempeñadas por trabajadores oficiales. Por otro lado, es importante anotar que la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre el asunto, en el sentido de que la clasificación de empleos, es una potestad del Legislador (Congreso de la República) atribuida por la Constitución Nacional, no susceptible de ser trasladada ni delegada a las Asambleas, Concejos Municipales o Distritales y Juntas Directivas de Establecimientos Públicos.”

Sin embargo, se debe tener en cuenta que si el Despacho del Director del Hospital tiene adscrito un conductor, de acuerdo con lo señalado en el literal b del artículo 5°. de la Ley 909 de 2004, éste es un empleo público de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, del texto del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre clasificación de empleos, aplicable a las Empresas Sociales del Estado, la regla general en estas entidades es la de que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán el carácter de trabajadores oficiales quienes realizan las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, lo cual puede ser analizado y definido por la respectiva entidad, teniendo en cuenta las normas y la doctrina antes citadas, frente a las funciones de cada cargo. **EE7413 de Septiembre 8 de 2006.**

Capítulo II

Situaciones Administrativas

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Fundamento Legal

- Decreto 2400 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1950 de 1973
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 2197 de 1996
- Decreto No. 1050 de 1997
- Decreto No. 2004 de 1997
- Decreto 26 de 1998
- Directiva Presidencial No. 11 de 2002
- Ley 734 de 2002
- Ley 909 de 2004
- Decreto 1227 de 2005
- Decreto 2411 de 2007
- Decreto 3555 de 2007

2. Definición

En términos generales, Situación Administrativa puede definirse como el estado en que se encuentran los empleados públicos frente a la Administración en un momento determinado.

El Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, señala que los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas:

- a) En servicio activo
- b) En licencia
- c) En permiso
- d) En comisión
- e) Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo.
- f) Prestando servicio militar
- g) En vacaciones
- h) Suspendido en ejercicio de sus funciones

2.1. Servicio Activo

Un empleado se encuentra en servicio activo, cuando ejerce las funciones del empleo en el cual ha sido nombrado y posesionado.

2.2. Licencia

Esta situación administrativa permite que el empleado se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad. Conforme a la Legislación laboral vigente, aplicable a los empleados públicos, las licencias pueden ser: por maternidad, por enfermedad y licencia ordinaria.

Las licencias por maternidad y por enfermedad no serán tratadas en la presente cartilla por cuanto fueron temas de la cartilla sobre Prestaciones Sociales, publicada en la página web www.dafp.gov.co

2.2.1. Licencia Ordinaria

Un empleado se encuentra en licencia ordinaria cuando transitoriamente se separa del ejercicio de su cargo, por solicitud propia. (art. 60 D. 1950/73).

De acuerdo con los artículos 61 y 62 del Decreto 1950 de 1973 los empleados tendrán derecho a licencia a solicitud propia, sin remuneración, por 60 días al año, continuos o discontinuos, la cual podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más si existe justa causa a juicio de la autoridad competente. Sin embargo, si la solicitud de licencia no obedece a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, la autoridad competente decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Características:

- Toda solicitud de licencia ordinaria o de su prórroga, deberá elevarse por escrito, acompañada de los documentos que la justifiquen, cuando se requieran.
- Al concederse una licencia ordinaria el empleado podrá separarse inmediatamente del servicio, salvo que en el acto que la conceda se determine fecha distinta.
- Durante las licencias ordinarias no podrán desempeñarse otros cargos dentro de la administración pública. Su violación será sancionada disciplinariamente y el nuevo nombramiento deberá ser revocado.
- A los empleados en licencia les está prohibida cualquier actividad que implique intervención en política.
- La licencia no puede ser revocada por la autoridad que la concede, pero puede en todo caso renunciarse por el beneficiario.
- El tiempo de la licencia ordinaria y de su prórroga no es computable para ningún efecto como tiempo de servicio.
- Al vencerse cualquiera de las licencias o su prórroga el empleado debe reincorporarse al ejercicio de sus funciones. Si no las reasume incurrirá en abandono del cargo.

Concepto DAFP

REF.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. LICENCIAS. ¿Los términos de la licencia ordinaria se entienden en días hábiles o se computan como días calendario? **Rad. 8188-07**

El Código de Régimen Político y Municipal, en su artículo 62, establece: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de





vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

Por su parte, el artículo 62 del Decreto 1950 de 1973 preceptúa: “Los empleados tienen derecho a licencia ordinaria a solicitud propia y sin sueldo, hasta por sesenta (60) días al año, continuos o discontinuos(...)”.

En ese sentido, esta Dirección ha señalado que el derecho a la licencia no remunerada consiste en la posibilidad de obtener autorización para ausentarse del trabajo, el cual se realiza en días laborales o hábiles. Esto quiere decir que el goce de la licencia o del permiso se predica respecto de dichos días.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica reitera los conceptos que sobre la materia objeto de estudio ha realizado, en el sentido de que se entienden hábiles los días de la licencia ordinaria. Del mismo modo, cabe señalar, que cuando la norma menciona que los días de esta licencia pueden ser continuos o discontinuos, se refiere a que el empleado puede hacer uso de estos días en diferentes periodos del año, según sus necesidades y siempre que no supere sesenta (60) días dentro del año, que pueden prorrogarse por otros treinta (30) días más. **EE5373 de julio 18 de 2007.**

2.3. Permiso

El permiso es una situación administrativa en la cual se puede encontrar el empleado público, respecto del cual el Decreto 1950 de 1973 establece en su artículo 74: “El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Corresponde al Jefe del organismo respectivo, o a quien se haya delegado la facultad, el autorizar o negar los permisos.”

La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, consagra como derechos de todo servidor público en el artículo 33: “6. Obtener permisos y licencias en los casos previstos en la ley”.

El Doctor Diego Younes Moreno en su libro Derecho Administrativo Laboral, novena edición, expresa sobre el permiso lo siguiente:

“1.- Es también otra situación administrativa que persigue la desvinculación transitoria, muy transitoria por cierto, de la prestación de las funciones por parte del empleado, sin que ello le ocasione desmedro de su salario, como sí ocurre con la licencia. Por medio de esta situación administrativa se busca que los servidores públicos puedan atender apremiantes circunstancias de orden personal.

2.- (...) es necesario que exista “justa causa” para que se pueda conceder el permiso. La expresión “justa causa” puede comprender diversas situaciones que el empleado solicitante expone al funcionario competente, para que éste las valore y conceda el permiso cuando considere que se configura la “justa causa”. Anotamos que el concepto de “justa causa” no puede reducirse, como comúnmente se piensa, a las “calamidades domésticas”.

3.- Ficción jurídica. En la situación administrativa del permiso se da una ficción jurídica, puesto que no obstante que el empleado no trabaja durante el mismo, para todos los efectos legales la ley considera que el empleado ha prestado sus servicios. Esto quiere decir que el tiempo del permiso es remunerado y que por lo tanto si el beneficiado trabaja, por ejemplo, en jornada nocturna, no perderá el recargo correspondiente o si lo hace por el sistema de turnos y el permiso comprende un día festivo o un domingo, no perderá la remuneración especial fijada por el Decreto 1042 de 1978, para tales casos.”

Con base en lo anterior, cuando la ley señala dentro de los derechos de los servidores públicos el de obtener permisos hasta por tres días, se refiere a los casos en los cuales exista justa causa, de tal manera que la entidad deberá evaluarla y determinar si concede el permiso. La justa causa, en los términos de la ley y la doctrina no se circunscribe a las calamidades domésticas, sino a toda circunstancia que amerite la ausencia del empleado al sitio de trabajo y, en consecuencia, la no prestación del servicio.

2.4. Encargo

El encargo es una figura que se encuentra contenida en el Decreto 1950 de 1973 como situación administrativa (art. 58) y como una forma de provisión de empleos en caso de vacancia temporal o definitiva de éstos (art.23). La misma norma, en sus artículos 34 a 36 disponen que “Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo”.

Respecto de la figura del encargo, podemos tener en cuenta el pronunciamiento efectuado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al señalar en sentencia C-428 de 1997, lo siguiente:

“... El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos **de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable** para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se **cumple en lapsos cortos**. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. (Negrilla y subrayado nuestro).

2.4.1. Encargo en Empleos de Carrera

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 establece: “Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados 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 sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditando los desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente”.

2.4.2. Encargo de Empleos de Carrera por Vacancia Temporal

Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, ya sean que se encuentren en encargo, en comisión de estudios, en comisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, en licencia, en vacaciones de serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera. (Art. 25 Ley 909 de 2004)

De acuerdo con lo anterior, una vez realizada la exclusión de los empleados de carrera administrativa y verificado que ninguno de éstos reúnan las condiciones para su otorgamiento, se puede proveer en forma provisional.

Cabe precisar que el encargo y el nombramiento provisional son formas de proveer de manera transitoria los empleos de carrera, el encargo recae en personal con derechos de carrera y el nombramiento provisional con personas que no se encuentran vinculadas con la administración; así mismo, el legislador señala que cuando se presenta una vacante, se deberá proveer de manera preferencial con el personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser ocupada, el término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses; en el evento que no haya personal de carrera que cumpla con los requisitos se podrá efectuar el nombramiento provisional. (Art. 24 y 25 de la Ley 909 de 2004).

2.4.3. 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 definitiva el encargo será hasta por el término de tres meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.” (Art. 26 Ley 909 de 2004)

Tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva pueden ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumpla los requisitos y el perfil para su desempeño. En el evento 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. (Ley 909 de 2004, art. 24).

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente. (Art. 35 del Decreto 1950 de 1973).

Concepto DAFP



Ref: EMPLEOS. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN. ENCARGO. ¿Puede mantenerse una vacante cuando existe personal de carrera administrativa que se pueda encargar? RAD. 2007ER6050.

Conforme con lo previsto en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y las Leyes 344 de 1996 y 909 de 2004, el encargo es una forma de proveer temporalmente un empleo para ejercer total o parcialmente las funciones de un cargo mientras se designa un titular.

Sobre el particular, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 estipula:

“ARTÍCULO 18. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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...”

Esta situación administrativa genera unas consecuencias laborales como es el derecho a percibir la asignación del empleo objeto del encargo, así como los derechos que obligatoriamente se consoliden bajo esta situación, pero siempre y cuando, como se expresó anteriormente, el titular no esté percibiendo el pago del salario.

Cabe señalar que para el caso en particular, debe revisarse si el empleado público que asumió el encargo percibió el salario señalado para dicho empleo, de acuerdo con los parámetros descritos para el efecto en la norma anteriormente citada, dado que el salario que esté devengando el empleado, es el tenido en cuenta al momento de realizar la liquidación de las prestaciones sociales. **EE5212 de julio 9 de 2007.**

2.5. Comisión

De acuerdo con el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973 los empleados públicos se encuentran en la Situación Administrativa de Comisión cuando por disposición de autoridad competente, ejercen temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atienden transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

Clases de comisión:

Las comisiones pueden ser:

- a) Comisión de servicios
- b) Comisión para adelantar estudios
- c) Comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.
- d) Comisión para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

2.5.1. Comisión de Servicios

La comisión de servicios es conferida para:

- a) Ejercer funciones del empleo en un lugar diferente a la sede del cargo
- b) Cumplir misiones especiales conferidas por los superiores
- c) Asistir a reuniones, conferencias o seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios el empleado

Características

- a) Su carácter es temporal, puesto que la ley limita su duración a 30 días, los cuales podrán prorrogarse por otros 30, salvo para los empleos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia, o las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del

jefe del respectivo organismo, precisando la norma que están prohibidas las comisiones de servicio de carácter permanente. (Art. 80 D. 1950/73, art. 65 D. L. 1042/78).

- b) Hace parte de los deberes de todo empleado y no constituye forma de provisión de empleos.
- d) Puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme a la escala reglamentada por el Gobierno Nacional para tal fin, con la anotación de que cuando el empleado no deba pernoctar en el lugar de la comisión, solo se le reconocerá el 50% del valor establecido en dicha escala de viáticos. Este aspecto fue desarrollado en la Cartilla Régimen Prestacional y Salarial de Empleados del Sector Público.
- e) El comisionado tiene derecho a su remuneración en pesos colombianos
- f) Debe guardar conexidad con la temática propia de la Administración pública y, por lo tanto, no son procedentes las comisiones que tengan como objetivo asuntos ajenos a ella.
- g) Finalizada la comisión, el empleado deberá rendir informe sobre su cumplimiento dentro de los ocho días siguientes.

Concepto DAFP

Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.- COMISIÓN DE SERVICIOS. RAD. 8109-07

En atención a la consulta de la referencia, me permito manifestarle que la situación se podría enmarcar en una comisión de servicios, respecto de lo cual el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, señala:

“Artículo 58. Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: (...) d) En comisión; (...)”

“Artículo 75. El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejer-





ce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.”

“Artículo 76. Las comisiones pueden ser:

a. De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado; (...)”

“Artículo 80. En el acto administrativo que confiera la comisión deberá expresarse su duración que podrá ser hasta por treinta (30) días, prorrogables por razones del servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días más, salvo para aquellos empleos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia. Prohíbese toda comisión de servicio de carácter permanente.”

El Decreto 1042 de 1978, establece:

“Artículo 65. DE LA DURACIÓN DE LAS COMISIONES. Las comisiones de servicio se conferirán mediante acto administrativo en el cual se expresará el término de su duración, que no podrá exceder de treinta días. Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta días cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse.

Sin embargo, a los funcionarios que desempeñen labores de inspección y vigilancia podrá otorgárseles comisiones de servicios sin sujeción al límite fijado en el inciso anterior.

Tampoco estarán sujetas a los términos de este artículo las comisiones que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del jefe del respectivo organismo.



Queda prohibida toda comisión de servicios de carácter permanente.”

De acuerdo a las normas citadas, la comisión de servicios es una situación administrativa que se otorga para que el empleado público ejerza las funciones propias del empleo en una sede diferente a la habitual de su trabajo.

Por regla general la comisión de servicios tiene una duración de treinta (30) días, prorrogables por otros treinta (30); la excepción a esta regla es el término de las comisiones que se conceden para realizar visitas de inspección y vigilancia y aquellas que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor.

Cuando la comisión de servicio exija necesariamente una duración mayor a la establecida en la ley, ésta se podrá otorgar a criterio del respectivo jefe de la entidad.

En consecuencia, es viable el otorgamiento de las comisiones de servicios, siempre y cuando se lleven a cabo en los términos y condiciones señaladas en la ley.

Con base en lo anterior y dando respuesta a su consulta, tenemos:

- 1.- Como lo manifiesta la norma el empleado no pierde sus derechos de carrera por el sólo hecho de la comisión de tal manera que el empleado de carrera deberá llegar al cargo que viene ocupando en la administración municipal antes de la comisión.
- 2.- La comisión no interrumpe el tiempo de servicio. Como se dijo anteriormente la comisión no perjudica la estabilidad laboral ni los derechos de carrera.
- 3.- Devengará el salario que le corresponde en el cargo y el nivel a que pertenece.
- 4.- En cuanto al salario es el Municipio quien concedió la comisión la entidad encargada de hacer efectivo su pago.

De acuerdo con lo anterior, se considera que la administración ha debido expedir un acto administrativo en el que se otorgue la comisión, su término y demás aspectos atinentes a esta situación administrativa.



2.5.2. Comisión de Servicios en el Exterior

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2004 de 1997 se podrá conferir comisión de servicios en el exterior para lo siguiente:‘

Para tramitar o negociar asuntos que a juicio del Gobierno Nacional revistan especial interés para el país.

Para suscribir convenios o acuerdos con otros gobiernos u organismos internacionales.

El Artículo 1° del Decreto 2411 de 2007, mediante el cual se modifica el artículo 17 del Decreto 26 de 1998, consagra que “Las comisiones para cumplir compromisos en representación del Gobierno colombiano, con organismos o entidades internacionales de las cuales Colombia haga parte, deberán comunicarse previamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de actuar coordinadamente en el exterior y mejorar la gestión diplomática del Gobierno. Las que tengan por objeto negociar o tramitar empréstitos requerirán autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

Respecto de la duración de estas comisiones, consagra el Artículo 5° del Decreto 1050 de 1997 que se conferirán por el término estrictamente necesario para el cumplimiento del objeto, más un día de ida y otro de regreso, salvo que quien autoriza la comisión considere que éstos no son suficientes para el desplazamiento al sitio donde deba cumplirse y su regreso al país, en cuyo caso podrá autorizar el término mínimo que se considere necesario.

Los actos que autoricen comisiones señalarán claramente el objeto de la misma, los viáticos aprobados, de conformidad con las disposiciones legales e indicarán el término de duración de las mismas, así como la persona o entidad que sufragará los pasajes cuando a ello hubiere lugar, previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal correspondiente. Este último requisito no se exigirá, cuando la comisión no demande erogaciones del Tesoro.

En ningún caso, a las personas que se les otorgue comisión de servicios, de conformidad con las presentes disposiciones, se les podrá otorgar gastos de representación. (Artículo 4º Decreto 1950 de 1997)

Concepto DAFP

Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: Comisión de servicios al exterior del Alcalde de un municipio. **RAD. 13476/2006**



Respetado doctor, reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, remitida a este Departamento por el Ministerio del Interior y de Justicia, me permito manifestarle lo siguiente:

1. La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, establece:

Artículo 112. PERMISO AL ALCALDE. El alcalde para salir del país deberá contar con la autorización del Concejo Municipal y presentarle un informe previo sobre la comisión que se proponga cumplir en el exterior.

Corresponde al Concejo Municipal definir el monto de los viáticos que se le asignarán al alcalde para comisiones dentro del país y para las comisiones al exterior corresponde al Gobierno Nacional definir el monto de los viáticos.

2. El Decreto 397 de 2006, por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores y Alcaldes y se dictan disposiciones en materia prestacional, determina:

Artículo 5. El valor y las condiciones para el otorgamiento de los viáticos en las comisiones de servicios de los Gobernadores y Alcaldes corresponderá a lo establecido por el Gobierno Nacional para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Para estos últimos se tendrá en cuenta, igualmente, lo señalado en la Ley 136 de 1994 y demás normas que la modifiquen o reglamenten



De acuerdo a lo anteriormente expuesto, cuando el Alcalde sale en comisión fuera del país deberá contar con la autorización del Concejo Municipal y presentar un informe previo sobre lo que se proponga cumplir en el exterior.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los datos suministrados en la consulta, su salida como Alcalde del municipio de Otanche, para participar en la Misión: Formación de Redes Publicas de Apoyo al Sector Solidario a realizarse en la Ciudad de Valencia, España, se considera como una comisión de servicios, y en criterio de esta Oficina durante el termino de dicha situación administrativa tendrá derecho a percibir los viáticos y gastos de transporte que se reconocerán y liquidaran de acuerdo con las condiciones establecidas por el Gobierno Nacional en el Decreto 399 de 2006, por el cual se fijan las escalas de viáticos. **EE9144 de Noviembre 17 de 2006.**

2.5.3. Comisión para adelantar Estudios

De conformidad con el artículo 84 del Decreto 1950 de 1973 las Comisiones de Estudio sólo podrán conferirse para recibir capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento para el ejercicio de las funciones propias del empleo de que es titular, o en relación con los fines de la entidad donde se halle vinculado el empleado.

El estatuto anticorrupción (Ley 190/95, art. 11) determina que la evaluación del desempeño deberá tenerse en cuenta siempre que se trate de seleccionar candidatos para la postulación y otorgamiento de becas, participación en cursos especiales de capacitación y concesión de comisiones de estudio.

Igualmente establece que, en el correspondiente acto de selección, deberá dejarse constancia expresa de haberse considerado tal criterio como elemento decisorio para asignar cualquiera de los de los beneficios relacionados, sin perjuicio del lleno de los requisitos a que haya lugar en cada caso.

Las disposiciones sobre carrera administrativa (Ley 909 de 2004) determinan que la evaluación del desempeño deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para conceder becas o comisiones de estudio y Otorgar incentivos económicos o de otro tipo.

Las normas de estímulos para los empleados del Estado permiten a las entidades incluir dentro de los planes específicos de incentivos las **comisiones de estudios**.

Para el tratadista Diego Younes Moreno, la comisión de estudios es el mecanismo mediante el cual la administración satisface el derecho de los empleados públicos, legalmente consagrado, de recibir capacitación adecuada tanto para el mejor desempeño de las funciones, como para participar en los concursos que le permitan obtener promociones dentro del servicio.

Requisitos para acceder a una comisión de estudios

La comisión para adelantar estudios sólo podrá conferirse a los empleados que satisfagan las siguientes condiciones:

1. Estar prestando servicios con antigüedad no menor de un año.
2. Durante el año a que se refiere el numeral anterior, hayan obtenido calificación satisfactoria de servicios y no hubieren sido sancionados disciplinariamente con suspensión en el cargo.

2.5.4. Comisión de Estudios en el interior del país

Duración

El plazo de las comisiones de estudio en el interior del país no puede ser superior a un (1) año, prorrogable hasta por un término igual cuando se trate de obtener título académico. (Artículo 85 del Decreto 1950 de 1973)

Condiciones para su otorgamiento

Todo empleado a quien se confiera comisión de estudios en el interior del país que implique separación total o de medio tiempo en el ejercicio de

sus funciones, por seis (6) o más meses calendario, suscribirá con el jefe del organismo respectivo un convenio en virtud del cual se obligue a prestar sus servicios a la entidad en el cargo de que es titular, o en otro de igual o de superior categoría, por un tiempo correspondiente al doble del que dure la comisión, término éste que en ningún caso podrá ser inferior a un (1) año. (Artículo 86 de Decreto 1950 de 1973)

Para respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas conforme al artículo anterior, el funcionario comisionado otorgará a favor de la nación, una caución en la cuantía que para cada caso se fije en el convenio, pero que en ningún caso será inferior al cincuenta por ciento (50%) del monto total de los sueldos devengados durante el lapso de la comisión, más los gastos adicionales que ella ocasione; por un término equivalente al doble del que dure la comisión, sin que sea inferior a un (1) año. (Artículo 87 de Decreto 1950 de 1973)

El Gobierno y los jefes de los organismos administrativos podrán revocar en cualquier momento la comisión y exigir que el funcionario reasuma las funciones de su empleo, cuando por cualquier medio aparezca demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o la disciplina no son satisfactorios, o se han incumplido las obligaciones pactadas.

En este caso el empleado deberá reintegrarse a sus funciones en el plazo que le sea señalado y prestar sus servicios conforme a lo dispuesto en el Artículo 86, so pena de hacerse efectiva la caución y sin perjuicio de las medidas administrativas y las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Al término de la comisión de estudio, el empleado está obligado a presentarse ante el jefe del organismo correspondiente o ante quien haga sus veces, hecho del cual se dejará constancia escrita, y tendrá derecho a ser reincorporado al servicio. Si dentro de los treinta (30) días siguientes al de su presentación, no ha sido reincorporado, queda relevado de toda obligación por razón de la comisión de estudios.

Todo el tiempo de la comisión de estudios se entenderá como de servicio activo.

Derechos del comisionado

Derecho al pago de salarios y prestaciones sociales.

Derecho a que el tiempo de la comisión se entienda como de servicio activo.

2.5.5. Comisión de Estudios en el exterior

De acuerdo con lo señalado en el art. 1 del Decreto 3555 de 2007, mediante el cual se modifica el Decreto 1050 de 1997, entre los requisitos para conferir comisión de estudios en el exterior, se encuentran los siguientes:

- Suscribir convenio mediante el cual el comisionado se compromete a prestar sus servicios a la entidad que otorga la comisión o a cualquier otra entidad del Estado, por el doble del tiempo de duración de la comisión y Póliza de Garantía de cumplimiento por el término señalado en el aparte anterior y un (1) mes más, y por el ciento por ciento (100%) del valor total de los gastos en que haya incurrido la entidad con ocasión de la comisión de estudios y los sueldos que el funcionario pueda devengar durante el transcurso de su permanencia en el exterior.
- El plazo de la comisión de estudios no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces, siempre que se trate de obtener título académico y previa comprobación del buen rendimiento del comisionado, debidamente acreditada con los certificados del respectivo Centro Académico.

Quando se trate de obtener título académico de especialización científica o médica la prórroga mencionada podrá otorgarse hasta por tres (3) veces, bajo las condiciones antes mencionadas.

- Si el servidor público una vez vencido el término de la comisión de estudios, no se reintegra al servicio deberá devolver el valor total de las sumas giradas por la entidad otorgante al Tesoro Nacional, junto con sus respectivos intereses liquidados a la tasa de interés bancario, sin perjuicio de las demás acciones previstas, cuando se hubiere otorgado beca a través del Icetex.
- Si el empleado Comisionado se retira del servicio antes de dar cumplimiento a la totalidad del tiempo estipulado en el convenio, deberá reintegrar la parte de las sumas pagadas por la Entidad, correspondiente al tiempo de servicio que le falte por prestar, incluidos los intereses a que haya lugar.
- A los funcionarios en comisión de estudios en el exterior se les aplica las mismas normas generales aplicables a la comisión de estudios en el interior específicamente en lo que tiene que ver con la situación del funcionario durante este tiempo, la provisión del empleo vacante, la finalización de la comisión, la revocatoria, como se verá enseguida:

Tiempo de servicios

Todo el tiempo la comisión se entenderá como de servicio activo. Por consiguiente, el comisionado tendrá derecho a su remuneración y a que este tiempo se le compute para efectos prestacionales, salariales, cuando a ello hubiere lugar. (Decretos 1950 de 1973 artículo 90, Decreto 1050 de 1997 artículo 9)

Provisión del empleo vacante

En los casos de comisión de estudios podrá proveerse el empleo vacante transitoriamente siempre que existan sobrantes no utilizados en el rubro de nómina, y el designado podrá percibir el sueldo correspondiente al cargo, sin perjuicio del pago de la asignación que pueda corresponderle al funcionario designado en comisión de estudio (Decreto 1950/73)

Finalización de la comisión

Al término de la comisión de estudio, el empleado está obligado a presentarse ante el Jefe del organismo correspondiente o ante quien haga sus veces, hecho del cual se dejará constancia escrita, y tendrá derecho a ser reincorporado al servicio. Si dentro de los treinta (30) días siguientes al de su presentación, no ha sido reincorporado, queda relevado de toda obligación por razón de la comisión de estudios. (Artículo 89 Decreto 1950/73)

Revocatoria

En cualquier momento se podrá revocar la comisión por quien la confirió y exigir que el empleado reasuma las funciones de su empleo, cuando por cualquier medio aparezca demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o la disciplina no son satisfactorios, o se han incumplido las obligaciones pactadas.

En este caso el empleado deberá reintegrarse a sus funciones en el plazo que le sea señalado y prestar sus servicios conforme al convenio suscrito con ocasión de la Comisión de Estudio, de lo contrario se hará efectiva la caución, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar (Artículo 88 Decreto 1950/73).

Concepto DAFP



Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – COMISIÓN DE ESTUDIOS AL EXTERIOR.—Viabilidad de conceder comisión de estudios al exterior a un empleado vinculado con carácter provisional. RAD. 11512/2007

Respetada doctora, reciba un cordial saludo.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle que la Comisión de Estudios al Exterior, esta se encuentran regulada por el Decreto 1050 de 1997, modificado por el 2004 del mismo año, en el que determina:

“Artículo 2.- MODIFICADO. Art. 1, Decreto 2004 de 1997. DE LAS CONDICIONES DE LAS COMISIONES. En ejercicio de la facultad consagrada por el inciso segundo del artículo 22 del Decreto-Ley 2400 de 1968, las comisiones al exterior serán otorgadas en las siguientes condiciones:
(...)

b) Comisiones de estudios

El objeto de las mismas deberá guardar relación con los fines de la entidad o con las funciones inherentes al cargo que desempeña el servidor público».

“Artículo 7°. Modificado. Decreto 3555 de 2007. Artículo 1. De la Comisión de estudios. Se podrá conferir comisión de estudios en el exterior al servidor público que tenga por lo menos un (1) año continuo de servicio en la respectiva entidad, y para tal efecto, además de las autorizaciones de la Junta, Consejo Directivo o Superior respectivo, cuando a ello haya lugar, deberán cumplirse los siguientes requisitos, sin excepción:

Convenio mediante el cual el comisionado se compromete a prestar sus servicios a la entidad que otorga la comisión o a cualquier otra entidad del Estado, por el doble del tiempo de duración de la comisión y Póliza



de Garantía de cumplimiento por el término señalado en el aparte anterior y un (1) mes más, y por el ciento por ciento (100%) del valor total de los gastos en que haya incurrido la entidad con ocasión de la comisión de estudios y los sueldos que el funcionario pueda devengar durante el transcurso de su permanencia en el exterior.

El plazo de la comisión de estudios no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces, siempre que se trate de obtener título académico y previa comprobación del buen rendimiento del comisionado, debidamente acreditada con los certificados del respectivo Centro Académico.

Cuando se trate de obtener título académico de especialización científica o médica la prórroga a que se refiere el presente artículo podrá otorgarse hasta por tres (3) veces, bajo las mismas condiciones contempladas en el inciso anterior.

En todo caso, si vencido el término de la comisión de estudios, el servidor público no se reintegra al servicio deberá devolver el valor total de las sumas giradas por la entidad otorgante al Tesoro Nacional, junto con sus respectivos intereses liquidados a la tasa de interés bancario, sin perjuicio de las demás acciones previstas, cuando se hubiere otorgado beca a través del Icetex.

Si el empleado Comisionado se retira del servicio antes de dar cumplimiento a la totalidad del tiempo estipulado en el convenio, deberá reintegrar la parte de las sumas pagadas por la Entidad, correspondiente al tiempo de servicio que le falte por prestar, incluidos los intereses a que haya lugar.

“Artículo.9.- DE LOS DERECHOS DEL COMISIONADO. El comisionado tendrá derecho a recibir su sueldo, pasajes aéreos, marítimos o terrestres de clase económica y cualquier otro emolumento pactado en convenios que haya suscrito la entidad a la cual pertenezca el funcionario.

En ninguna comisión de estudios en el exterior podrán reconocerse viáticos”.

Conceder la comisión de estudios al exterior es siempre potestativo de la entidad, mas no de carácter obligatorio, así se desprende de la lectura de las normas transcritas y que regulan esta situación.

Esta Dirección en diferentes conceptos ha manifestado la imposibilidad de conceder comisiones de estudio al exterior a empleados con carácter provisional, puesto que ésta es una forma temporal de proveer empleos. Además, debe tenerse en cuenta que la comisión de estudios es un incentivo para los empleados de carrera tal como lo establece el Decreto 1567 de 1998. **EE8550 de Noviembre 13 de 2007**



2.5.6. Comisión para desempeñar cargos de Libre Nombramiento y Remoción

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto reglamentario 1227 de 2005, en lo referente a la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, se establece que los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. Dicha comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Características

- Se concede exclusivamente a empleados de carrera administrativa.
- El término de la comisión será el que se exprese en el acto administrativo que la confiere.

- No implica pérdida ni mengua en los derechos de carrera. (art. 94 Decreto 1950 de 1973).
- El funcionario percibirá el salario y prestaciones sociales correspondientes al empleo de libre nombramiento y remoción para el cual fue comisionado.
- Consecuentemente, será la entidad en donde se cumple la comisión la responsable del reconocimiento y pago de estos emolumentos que causados en ella.
- Mientras dure la comisión, el empleado queda regido por la relación laboral del cargo de libre nombramiento y remoción, suspendiéndose la del empleo de carrera.
- El empleo de carrera podrá ser provisto mediante nombramiento provisional mientras el titular está en comisión.
- Igualmente puede otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

En este orden de ideas, la Comisión opera como un derecho para el empleado de carrera cuando su evaluación del desempeño es **sobresaliente**; por consiguiente, tiene derecho a que la autoridad competente le otorgue Comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período; pero si la evaluación del desempeño es **satisfactoria** será facultativo de dicha autoridad concederle la respectiva comisión.

Reintegro al cargo de carrera una vez terminada la comisión

En el acto administrativo mediante el cual se confiera la comisión, deberá señalarse el término de la misma a cuyo vencimiento el empleado debe reintegrarse al cargo de carrera o presentar renuncia a este; finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de éste y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Artículo 23 de Ley 909 de 2004).

2.6. Suspensión en el ejercicio de funciones

El funcionario público puede ser sujeto de una suspensión en el ejercicio de sus funciones originada en una orden de una autoridad judicial o como resultado de una sanción impuesta dentro de un proceso disciplinario según, lo dispone el art. 44 de la Ley 734 de 2002. Igualmente dentro del proceso disciplinario el servidor público puede ser suspendido provisionalmente, de conformidad con el artículo 157 de la ley cuando durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario motive la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere. El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

Suspensión por orden judicial

El funcionario suspendido en el ejercicio de su cargo por orden judicial conserva el status de funcionario público hasta tanto se defina su situación jurídica definitivamente, lo cual significa que si es condenado por el delito que se le acusa, deba ser destituido inmediatamente; si no se le comprueban los cargos que se le endilgan, deberá ser absuelto. En ambos casos la situación laboral del funcionario se retrotrae a la fecha en que fue suspendido, razón por la cual, mientras su situación no sea definida, no se puede proveer en forma definitiva el empleo del cual es titular por cuanto no está vacante definitivamente, no obstante es procedente proveerlo en forma transitoria, por encargo o por nombramiento provisional.

Concepto DAFP

Ref.: REMUNERACIÓN. Reconocimiento y pago de los días de la suspensión provisional por investigación disciplinaria de un empleado de la Administración Municipal. **Rad.** 5346 de 2001

En concepto de esta Oficina, cuando la investigación disciplinaria termina por que el hecho materia de inves-



tigación nunca existió, o la conducta que produjo el hecho resultó totalmente demostrada y probada como justificada, según las causales de justificación que señala el mismo Código; o cuando se llega a la conclusión de que el disciplinado no cometió la falta disciplinaria o la conducta investigada, el disciplinado suspendido provisionalmente, debe ser reintegrado al empleo o a la función o continuarse con el contrato de trabajo o de prestación de servicios, y además debe reconocerse y pagarse la remuneración dejada de percibir durante toda la suspensión, ello opera también cuando la acción no puede proseguirse por haberse declarado la nulidad de lo actuado, incluido el auto que decreto la suspensión provisional. **Consulta: EE 4994 de mayo 18 de 2001**



Jurisprudencia

Sobre el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales al funcionario suspendido por orden judicial, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, mediante sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil siete (2007), señaló:



(...) ***“La suspensión administrativa***

Debe distinguirse la suspensión administrativa que adopta la autoridad nominadora en ejercicio de sus propias facultades en el campo disciplinario, de la que adopta en acatamiento de orden judicial frente a la cual carece de poder decisorio.

La Administración suspendió al demandante, del cargo que desempeñaba, por solicitud de la Justicia Penal que le había decretado auto de detención dentro de la investigación que le adelantaba por conductas presuntamente punibles, en ejercicio de sus funciones como empleado público. Igual ocurrió con la reincorporación del actor al empleo,



la cual tuvo como fundamento la decisión del mismo órgano judicial que precluyó la investigación.



El acto de suspensión es esencialmente motivado. La Corporación ha reiterado, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1997, expediente 12.310, con Ponencia del Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, dicho acto que contiene una condición resolutoria (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A.) que consiste en el futuro incierto del proceso; y que el derecho a la remuneración se encuentra sometido a una condición suspensiva que consiste en el mismo proceso penal, de suerte que el hecho de la suspensión no se puede convertir en un fenómeno extintivo de los derechos del empleado favorecido, cuando la condición resolutoria que pesaba sobre el acto desaparece retroactivamente, desde la fecha de la suspensión, quedando sin sustento el acto que impuso la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos así no se haya prestado el servicio.

El levantamiento de la suspensión - Efectos

En el momento en que la medida judicial se levante, decisión que la autoridad judicial debe comunicar a la respectiva autoridad administrativa, cesan los efectos de la suspensión.

Ahora en eventos como el de autos, en el que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante dicha etapa, retro trayéndose la situación al momento en que fue suspendido del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separado del servicio, y por ende tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir como si el trabajador efectivamente hubiera prestado el servicio por efectos de la función legal. En otras palabras vuelven las cosas al estado anterior, Jurisprudencia.



Desde el mismo momento en que se revoca la medida adoptada por la justicia penal, queda sin sustento legal la suspensión administrativa del actor en el cargo y sin efecto la suspensión del derecho a percibir los emolumentos económicos que se derivan de la relación laboral por el lapso de la suspensión.



Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal periodo.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión.

Como sustento adicional de esta tesis se recuerda que en los casos de suspensión disciplinaria **el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación.**

Finalmente advierte la Sala que de subsistir alguna duda deben aplicarse los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Nacional conforme a los cuales debe acudir a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.” (Negrilla y subrayado es nuestro).



2.7. Prestando el Servicio Militar

“Cuando un empleado sea llamado a prestar servicio militar obligatorio, o convocado en su calidad de reservista, su situación como empleado en el momento de ser llamado a filas no sufrirá ninguna alteración, quedará exento de todas las obligaciones anexas al servicio civil y no tendrá derecho a percibir la remuneración que corresponda al cargo del cual es titular.” Artículo 99 Decreto 1950 de 1973.

En términos generales, el decreto citado establece, entre las características de esta situación administrativa, las siguientes:

- Al finalizar el servicio militar el empleado tiene derecho a ser reintegrado a su empleo, o a otro de igual categoría y de funciones similares.
- El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la Ley 48 de 1993.
- El empleado que sea llamado a prestar servicio militar o convocado en su calidad de reservista, deberá comunicar el hecho al jefe del organismo, quien procederá a conceder licencia para todo el tiempo de la conscripción o de la convocatoria.
- Terminada la prestación del servicio militar o la convocatoria, el empleado tendrá treinta (30) días para reincorporarse a sus funciones, contados a partir del día de la baja. Vencido este término si no se presentare a reasumir sus funciones o si manifestare su voluntad de no reasumir, será retirado del servicio.

Concepto DAFP

Ref.: PRESTACIONES SOCIALES El tiempo de servicio militar que se tienen en cuenta para cesantías, pensión de jubilación y prima de antigüedad, es únicamente para empleados que se encuentren vinculados a entidades públicas al momento de ser llamados a prestar este servicio obligatorio? Rad. 17292- 02

La Constitución Política señala:

ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.





Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

El Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, establece:

ARTICULO 18°. “Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo.”

(Conc. Art. 58° y ss del Dec. 1950/73)

ARTICULO 24°. “Cuando un empleado del servicio civil es llamado a prestar el servicio militar obligatorio, sus condiciones como empleado en el momento de ser llamado a filas no sufrirán ninguna alteración, quedará exento de todas las obligaciones anexas al servicio civil y no tendrá derecho a recibir remuneración. Terminado el servicio militar será reintegrado a su empleo.

Para efectos de cesantía y pensión de retiro no se considera interrumpido el trabajo de los empleados que sean llamados a prestar servicio militar obligatorio.

El empleado llamado a prestar servicio militar obligatorio, deberá comunicar el hecho al Jefe del organismo respectivo, quien debe proceder a conceder la licencia correspondiente y por todo el tiempo de la conscripción o de la convocatoria.

Quedará en suspenso todo procedimiento disciplinario que se adelante contra un funcionario llamado a filas hasta su reincorporación al servicio.



De la misma manera el servicio militar obligatorio interrumpe y borra los términos legales corridos para interponer recursos administrativos o jurisdiccionales, los cuales se reiniciarán solamente un mes después de la fecha en que el funcionario haya sido dado de baja en el Ejército.

Durante el lapso de servicio militar se produce vacante transitoria del cargo.

El empleado llamado a prestar servicio militar, tendrá un mes para reincorporarse a sus funciones contado a partir del día de la baja. Vencido este término y si no se presentare a reasumir sus funciones, o si manifestare su voluntad de no reasumirlas, se considerará retirado del servicio.” (Conc. Art.99° y ss Dec. 1950/73)

(...)

El Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos - Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, señala:

ARTICULO 101°. “El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley.”

La Ley 48 de 1993, Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización señala:

ARTÍCULO 40. AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. “Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.

(...)



Tanto en la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 48 de 1993, como en las ponencias presentadas en el marco del debate en el Congreso, se recalcó que los derechos y prerrogativas contemplados en el proyecto constituían un desarrollo de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución y tenían por fin otorgar algunos alicientes a los colombianos que prestaran el servicio militar. El Ministro de Defensa de aquel entonces, Rafael Pardo Rueda, señaló al respecto en su exposición de motivos:

“Con toda consideración presenté al H. Congreso de la República el proyecto de ley” “Por medio del cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización” conforme al siguiente detalle:

“(....)

“15. De acuerdo con el mandato constitucional, se establecen derechos y prerrogativas durante la prestación del servicio militar obligatorio, para estimular a la juventud en relación con esta obligación ciudadana en defensa de la soberanía nacional y así, hacer más atractivo el servicio militar. Tales prerrogativas y estímulos se reconocen durante la prestación del servicio y después del mismo”.

(...)

De las normas señaladas anteriormente se desprende, en concepto de esta oficina jurídica, que inicialmente estas normas sólo eran aplicables a empleados públicos que se encontraran vinculados a entidades de la administración pública al momento de prestar el servicio militar, pero con la expedición de la Ley 48 de 1993 este beneficio se contempla para todos los colombianos que ingresen o se encuentren vinculados laboralmente a entidades públicas, pues la norma busca estimular a los ciudadanos que cumplen con este deber, dedicando parte del tiempo de su vida productiva a prestar este servicio a la patria.

Es así como se considera que este beneficio a partir de la vigencia de la Ley 48 de 1993 cobija a toda persona

que se encuentre o se vincule a entidades estatales, bien en calidad de empleado público o de trabajador oficial y antes de la misma sólo a empleados que se encontraran vinculados a las mismas.

De esta manera el tiempo de servicio militar obligatorio se computará por una sola vez para la cesantía, la pensión de jubilación y la prima de antigüedad de las entidades que la tengan consagrada. **EE3211 de mayo 2 de 2003**



2.8. Vacaciones

La figura de las vacaciones tiene un doble carácter, es una de las situaciones administrativas en que puede encontrarse el empleado y a su vez tiene la naturaleza de prestación social. Por esta última razón, este Tema fue tratado en la cartilla sobre Régimen Prestacional y Salarial de Empleados Públicos de la Rama Ejecutiva del Sector Público, publicada por este Departamento, la cual puede ser consultada en la página web de la entidad www.dafp.gov.co

Capítulo III

Jornada Laboral

JORNADA LABORAL

3. Generalidades

La jornada laboral en la administración pública comprende el período de tiempo durante el cual los empleados se encuentran a disposición de la administración en desarrollo de las funciones que les corresponde ejercer. Su fijación es de origen legal, no solamente con el fin de que el servicio se preste dentro de un determinado espacio de tiempo, sino para que el empleado disponga de un tiempo razonable para su descanso. Al respecto, la Corte Constitucional sobre el manejo de la jornada laboral frente al derecho al descanso de los trabajadores, ha expresado lo siguiente:

“La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin periodos de descanso razonable previamente estipulados, atenta contra la dignidad del trabajador, cercana su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior.

(...)

Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su condición de patronos, exige a la luz del ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los períodos de descanso a ellas correspondientes.”¹

¹ Sentencia C-024 de 1998. Corte Constitucional

El Dr. Diego Younes Moreno, en su obra *Derecho Administrativo Laboral*, Novena Edición considera sobre el tema: “El fundamento de someter la prestación del servicio de los funcionarios públicos a una jornada pretende conciliar, de una parte, la misma condición orgánica y síquica del hombre que exige descansos destinados a su recuperación biológica y anímica así como la destinación de parte del tiempo a la atención de asuntos distintos del trabajo como su vida familiar, con la necesidad apremiante de garantizar la mejor y más adecuada satisfacción de las tareas a cargo de la administración pública.”

3.1. Régimen Legal

El art. 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece fija la jornada semanal de los empleados en 44 horas semanales y le otorga al jefe de la entidad u organismo la facultad para establecer el horario de trabajo. La mencionada norma consagra:

“La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras”.

Jornada laboral en el orden territorial

Mediante la sentencia C-1063 del 16 de agosto de 2000, expedida por la Corte Constitucional, se unificó la jornada laboral para los empleados públicos de los órdenes nacional y territorial. En esta sentencia la Corte consideró que el Decreto 1042 de 1978 se aplica a los empleados públicos del

orden territorial, ya que este Decreto adiciona el 2400 de 1968, y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, modificado por el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, dispuso que el Decreto 2400 y las normas que lo modificaran, sustituyeran o adicionaran son aplicables a dichos empleados.

“La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin periodos de descanso razonable previamente estipulados, atenta contra la dignidad del trabajador, cercana su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior.

(...)

Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su condición de patronos, exige a la luz del ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los períodos de descanso a ellas correspondientes.”²

Adicionalmente, para los empleados públicos que cumplen funciones en el campo médico - asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, el artículo 2 de la Ley 269 de 1996 determina que su jornada máxima podrá ser de 12 horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas, pero únicamente para aquellas personas que tengan más de una vinculación con el Estado. Esto es, por ejemplo, que si un empleado está vinculado laboralmente a una entidad con jornada de tiempo completo podrá, en la misma o en otra entidad, tener una vinculación adicional o celebrar un contrato de prestación de servicios retribuido con honorarios, por medio tiempo o por horas sin sobrepasar el máximo de 12 horas, previsto en la citada ley.

Para efectos de determinar **recargos** por laborar en horas extras, en jornadas nocturnas o en jornadas mixtas, se entiende que **la jornada diurna** está comprendida entre las 6 A.M. y las 6 P.M. y **la jornada nocturna** de las 6 P.M. a las 6 A.M. (Artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 para empleados públicos y artículo 1 de la Ley 64 de 1946 para trabajadores oficiales).

² Sentencia C-024 de 1998. Corte Constitucional

3.2. Jornada Ordinaria Nocturna

El Artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, establece que la jornada ordinaria nocturna es la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m. del día siguiente.

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco (35%) por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

3.3. Jornada Mixta

Ahora bien, frente a las jornadas mixtas, el artículo 35 del mismo decreto, señala que los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco (35%) por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

3.4. Horas Extras

Respecto de las horas extras diurnas, el artículo 36 íbidem, “cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras “ (...)

Requisitos:

- Deben existir razones especiales del servicio.
- El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con los recargos respectivos.
- En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales. Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha canti-

dad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

- Sólo se puede autorizar el reconocimiento y pago de horas extras, cuando el empleado pertenezca al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. (decretos salariales dictados anualmente, el último de ellos, es el Decreto 4150 de diciembre 10 de 2004.)

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

Las horas extras diurnas se liquidarán con un recargo del veinticinco (25%) por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

En cuanto al trabajo en horas extras nocturnas, se entiende que son aquellas que se ejecutan excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna. (Art. 37 Decreto 1042 de 1978).

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

3.5. Trabajo ordinario en Dominicales y Festivos

El artículo 39° del Decreto 1042 de 1978, dispone: “Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual(...) “

En cuanto al término “habitual” enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo, cabe señalar lo dicho por la doctrina:

“Tal sistema presupone la calificación básica de habitualidad y permanencia de un servicio de trabajo, por oposición a la que recaería sobre un trabajo ocasional, transitorio, ajeno por naturaleza a sistemas o prospectos, determinables en cada

caso y sólo para uno, con un ámbito restringido orgánicamente y viable sólo por “razones de servicio”

“Y es apenas lógico que como habitual se considere un trabajo de tal naturaleza que no puede interrumpirse domingos y festivos, [aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados](#), sino se alterne al efecto conforme a un sistema establecido previamente por requerirlo la naturaleza de dicho trabajo”³

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, precisó:

“Él trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aún cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...)”

3.6. Jornada Laboral ocasional en Dominicales y Festivos

De acuerdo con el artículo 40 del Decreto 1042 de 1978 para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

d. El trabajo ocasional en días dominicales o festivos [se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario](#). Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor. (...)” (Subrayado nuestro)

Para la autorización de este trabajo, se deberá tener en cuenta [los niveles de empleos](#) y las condiciones a que se hace referencia este artículo 40, el cual ha sido modificado en cuanto a dichos niveles, según consta en los Decretos salariales. Actualmente es el 600 de 2007, que dispone:

“ARTICULO 12°. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.
(...)

³ YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. 9ª Edición. Temis. 2001. P. 129.

PARAGRAFO 2. El límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, será de cien (100) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, así:

“La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso [a quienes laboren con regularidad](#) (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo [de manera excepcional](#) y dentro de las restricciones legales...”.

Sobre lo particular, el Artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, así:

“La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales...”.

Por todo lo expuesto, es preciso tener en cuenta que no se ajusta a la ley que el trabajo se convierta en habitual y permanente en horas diferentes a la jornada máxima legal y para empleados que no tienen derecho al reconocimiento del trabajo suplementario y en dominicales y festivos, por cuanto, la razón de que exista una jornada de trabajo, es con la finalidad de que el servicio se preste dentro de la misma y que el trabajador disfrute del descanso que le corresponde por ley. No obstante, cuando las necesidades del servicio requieran del trabajo en dichas jornadas, los empleados tendrán derecho a que éstas sean reconocidas de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta que en el caso de proceder descansos compensatorios éstos deben concederse en días hábiles.

Concepto DAFP

Ref.: JORNADA LABORAL: Situación de empleados que laboran en tiempo suplementario y sus empleos no son susceptibles de pago de horas extras y compensatorios. Rad. 17876 de 2003.

El Decreto Ley 1042 de 1.978 y las normas que lo modifican y adicionan y que regulan la jornada laboral de los empleados públicos, conceden el derecho al reconocimiento de horas extras sólo a empleados que se desempeñen en cargos pertenecientes a los niveles técnico y asistencial, en los grados 9 y 19, respectivamente.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, no podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales y de superarse este límite, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo. En el caso de los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico, se podrán pagar hasta 80 horas extras mensuales.

Por lo anterior, se considera que la institución debe adecuar, en lo posible, la prestación de los servicios en días y horas diferentes a la jornada ordinaria laboral, para que sean cumplidos por los empleados que tengan derecho legal a reclamar el pago de estas jornadas extendidas.





No obstante, si existen actividades especiales que deban ser cumplidas por funcionarios no cubiertos por el derecho al reconocimiento y pago de trabajos suplementarios, la Administración, dentro de su organización interna, puede, en aras de satisfacer las necesidades del servicio y no desconocer los derechos mínimos irrenunciables del trabajador, como lo es el descanso, consagrado constitucionalmente en el artículo 53, otorgar a estos servidores un tiempo que supla el laborado por fuera de la jornada ordinaria.

El legislador, atendiendo a los principios constitucionales de protección al trabajo y de la dignidad humana, ha establecido unas jornadas máximas laborales para los trabajadores, garantizándoles el descanso para recuperar las energías, compartir con la familia y dedicar al esparcimiento a que tienen derecho, lo cual debe ser respetado por la administración.

Sobre este aspecto, es preciso tener en cuenta que no se ajusta a la ley que el trabajo se convierta en habitual y permanente en horas diferentes a la jornada máxima legal y para empleados que no tienen derecho al reconocimiento del trabajo suplementario y en dominicales y festivos, por cuanto, como se expresó, la razón de que exista una jornada de trabajo, es con la finalidad de que el servicio se preste dentro de la misma y que el trabajador disfrute del descanso que le corresponde por ley.

Finalmente, se precisa que Ley 789 de 2002 modificó el Código Sustantivo de Trabajo, que rige para los trabajadores particulares, razón por la cual sus normas no son aplicables a los empleados públicos. [EE1295 de febrero 20 de 2004](#)

3.7. Jornada Laboral Trabajadores Oficiales

De acuerdo con las normas vigentes que regulan la materia, la jornada laboral para los trabajadores oficiales no podrá exceder de ocho (8) horas al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales. El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labo-

res que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores. (Ley 6ª de 1945.- “Artículo 3).

La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las 6:00 am y las 6:00 pm, y la jornada ordinaria nocturna entre las 6:00 pm y las 6:00 am. Esta se pagará con un recargo de un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la jornada ordinaria diurna. La remuneración del trabajo suplementario implicará un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la jornada diurna, y del cincuenta por ciento (50%) sobre la jornada nocturna.

En cuanto a dominicales y festivos, la sentencia del Consejo de Estado, radicada bajo el número 1895-98 del 5 de julio de 2001, expresa que para el reconocimiento del trabajo habitual o permanente en dominicales y festivos de los Trabajadores Oficiales debe aplicarse el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, por tratarse de la norma que para el orden nacional regula materia semejante, en acatamiento a los dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, para suplir el vacío legal derivado de la nulidad del artículo 3º del Decreto 222 de 1932.

En el caso de trabajar excepcionalmente en días dominicales o festivos, se considera que será aplicable lo señalado en la Ley 57 de 1926, por tratarse de una labor ocasional en tales días de descanso. En consecuencia, el trabajador tendrá derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección.

Concepto DAFP

Ref.: ¿Cuál es la jornada laboral semanal para los trabajadores oficiales? Rad. 6192-07

“Para los trabajadores oficiales la jornada laboral se regula por lo pactado en la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo o en los contratos individuales de trabajo, siempre que se respete lo consagrado en la Ley. La obligación legal es la de que la jornada no exceda de ocho (8) horas al día, ni de cuarenta y ocho (48) horas semanales”. **EE5292 del 17/07/2007**



Capítulo IV

Retiro del Servicio

RETIRO DEL SERVICIO

Fundamento Legal

- Decreto Ley 2400 de 1968
- Decreto Reglamentario 1950 de 1973
- Ley 190 de 1995, artículo 5
- Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario
- Ley 790 de 2002
- Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, Título VII, artículos 41 a 46
- Decreto 1227 de 2005
- Decreto 760 de 2005

4. Generalidades

El retiro del servicio implica la cesación del ejercicio de funciones públicas.

Las causales de retiro del servicio contempladas en la Ley 909 de 2004, artículo 41 de los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa son las siguientes:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) *Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada*; (Inexequible C-501 de 2005);
- d) Por renuncia regularmente aceptada;

- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”

Competencia reglada y discrecional para el retiro

“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”. (Parágrafo 2° del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004).

4.1. Declaratoria de Insubstancia del Nombramiento

El nominador de la entidad puede declararla en los siguientes casos:

a) En los empleos de libre nombramiento y remoción:

Las autoridades nominadoras tienen la facultad discrecional para dejar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público con el propósito de hacer cesar su vinculación laboral y se efectúa mediante acto no motivado. (Inciso 2° Parágrafo 2° del Artículo 41 de la Ley 909 de 2005).

b) En los empleos de carrera administrativa:

“El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubistente, mediante resolución motivada del Jefe de la entidad, cuando haya quedado en firme una calificación de servicios no satisfactoria y solo se produce con relación a la calificación anual o a la extraordinaria.

“Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento, procederá el recurso de reposición.” (Artículo 43 de la Ley 909 y artículo 59 del Decreto 1227 de 2005).

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de una empleada de carrera, en estado de embarazo, por calificación no satisfactoria de servicios solo podrá producirse dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de la licencia por maternidad biológica o por adopción, o de la licencia correspondiente, en el caso de aborto o parto prematuro no viable. (Artículo 51, numeral 3º, de la Ley 909 de 2004).

c) Para los funcionarios nombrados en provisionalidad

De acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “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 citada norma se ajusta a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer por qué se le desvincula, para efectos de que ejerza su derecho de contradicción.

De tal manera que los empleados nombrados en provisionalidad también pueden ser retirados del servicio por declaratoria de insubsistencia del nombramiento mediante resolución que debe ser motivada (Art. 10 del Decreto 1227 de 2005), y en este sentido la Corte Constitucional mediante sentencia T-031 de 2005, señaló:

“...esta Corte en posterior sentencia, señaló igualmente que la estabilidad laboral del trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, no se puede ver afectada o disminuida por considerar la administración que no se requiere motivar el acto que ordena su desvinculación, pues es en virtud de la calidad y las características del cargo que se debe motivar la desvinculación de quien lo ocupa. De la misma manera, la motivación del acto garantiza a quien está siendo desvinculado del cargo, la protección y respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, pues en dicha motivación podrá encontrar los argumentos que justificaron su separación del cargo. La sentencia T-752 de 2003, M.P. Clara Inés.”

¿Cuál es la diferencia entre la declaratoria de insubsistencia y la destitución?

La diferencia entre la declaratoria de insubsistencia y la destitución como causales de retiro del servicio, está en que la primera es ejercida con base en la facultad discrecional para los empleados de libre nombramiento y remoción y reglada

para el retiro de los empleos de carrera, y la segunda ejercida respecto de quien ha cometido una falta disciplinaria.

4.2. Retiro Trabajadores Oficiales

Las personas vinculadas por contrato de trabajo se rigen por la legislación correspondiente a la contratación oficial, contenida, básicamente, en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, las cláusulas contenidas en respectivo contrato, la convención colectiva y por el reglamento interno de trabajo, sin que les sean aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo, con excepción de la parte colectiva.

4.3. Renuncia

Es un acto unilateral, libre y espontáneo del empleado, mediante el cual expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud lo desvincule del servicio.

La Constitución Política consagra en su artículo 26 que “toda persona es libre de escoger profesión u oficio”.

Características:

- Debe ser libre.
- Espontánea.
- Inequívoca.
- Debe constar por escrito.

En este sentido, el Artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, señala:

“Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual se acepta la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse

este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.”

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia de Tutela T-374 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Linett, expresó:

“El derecho a ocupar cargos públicos supone el derecho a renunciar al cargo, pues constituye desarrollo de la libertad de la persona decidir si permanece o no en un cargo. En este orden de ideas, por principio la decisión sobre la permanencia en un cargo, o en un puesto de trabajo, no puede restringirse o impedirse. Ahora bien, al ser la renuncia a un cargo público manifestación de la voluntad personal, es decir, una expresión del ejercicio de su libertad, el deber de respeto de la libertad exigible al Estado comporta la obligación de aceptar, dentro de un término razonable, la renuncia. En estas condiciones, la actuación de las autoridades demandadas, antes que configurarse en una violación de sus derechos políticos fundamentales, supone el cumplimiento del deber jurídico de respeto por el ejercicio de su libertad”.

¿Cuál es el trámite de la renuncia?

Presentada la renuncia, la aceptación de ésta por parte de la Administración se hará mediante acto administrativo, ya sea por decreto o resolución, en el que se consignará la fecha a partir de la cual se hace efectiva.

La administración tiene plazo de treinta (30) días para aceptar la renuncia; mientras transcurre este plazo el funcionario renunciante no puede omitir sus funciones, puesto que podría incurrir en abandono del cargo. (Artículo 113 del Decreto 1950 de 1973).

¿En qué consiste la renuncia protocolaria?

“(…) Estas llamadas renunciaciones protocolarias son un medio decoroso y de cortesía para hacer menos traumática la separación del servicio respecto de empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen funciones en la cúpula administrativa y busca evitar la medida de insubsistencia que en el medio laboral

es considerada nociva en la calificación de la hoja de vida porque suscita inquietudes y dudas respecto de la historia de servicios a la administración. Ante la indignación que produce en el empleado la medida de insubsistencia este prefiere optar por presentar su carta de renuncia y no someterse a la creencia que fue su deficiente desempeño el que provocó el retiro.” (Expediente 1904-2000, Sentencia de febrero 8 de 2001, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sección Segunda del H. Consejo de Estado.)

4.4. Retiro por derecho a pensión de jubilación o de vejez y por invalidez absoluta

Estas causales de retiro del servicio tienen una regulación especial dentro del tema del régimen de seguridad social, materia a cargo del Ministerio de la Protección Social, de conformidad con la Circular Interna No. 00024 de marzo 15 de 2004, expedida por ese Ministerio.

4.5. Retiro por edad o retiro forzoso

Teniendo en cuenta que a cierta edad las facultades de los seres humanos se han deteriorado, la ley puede establecer una edad límite para el retiro de los funcionarios públicos.

En virtud del Artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, todo empleado que cumpla la edad de 65 años deberá ser retirado del servicio

Al respecto, el Decreto 2400 de 1968 en su Artículo 31º, establece:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto”.

Respecto de esta norma, se deberá tener en cuenta lo que se disponga en las normas del régimen de seguridad social sobre la procedencia de la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez cuando se ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez pero no se ha cotizado el mínimo de semanas exigidas para este efecto, a que hace referencia el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Excepciones en cuanto al retiro forzoso del servicio:

El Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan, siempre que no se sobrepase la edad de 65 años. (Art. 121 D. 1950 de 1973).

Por otro lado, cabe señalar que la persona que ha cumplido la edad de 65 años de edad está inhabilitada para seguir trabajando en una entidad pública o vincularse como servidor público (Nivel Nacional o Territorial), excepto los cargos permitidos por la Ley.

Las citadas excepciones son:

- “Cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.” (Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Artículo 1 del Decreto 3074 de 1968).
- “La persona que se encuentre gozando de pensión y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería.” (Artículo 1 del Decreto 2040 de 2002).
- “La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio en el empleo de Subdirector de Departamento Administrativo.” (Artículo 1 del Decreto 4229 de 2004).
- “Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirá la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere menor a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia total de la prestación social.” (Art. 1 Decreto 583 de 1995)

Concepto DAFP

Rad.: REMUNERACIÓN. ¿Cómo se remunera al pensionado reintegrado al servicio? Rad. 4459 -2007



En este orden de ideas, para su caso objeto de consulta, a criterio de esta Dirección se considera que el pensionado que se reintegra en uno los cargos contemplados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, artículo 1 del Decreto 2040 de 2002, artículo 1 **del Decreto 4229 de 2004, o en uno de los cargos de elección popular**, debe percibir la asignación mensual del cargo para el cual fue nombrado con sus respectivas prestaciones sociales y demás emolumentos a los cuales tiene derecho; en el evento de que la asignación mensual del empleo sea inferior a su mesada pensional, la persona tendrá derecho a percibir adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta la concurrencia del valor total de esta prestación social.

Cuando el salario del pensionado reintegrado es superior a la mesada pensional, tendrá derecho a percibir la asignación mensual correspondiente, quedando, en consecuencia suspendida la mesada pensional. En este caso, se procederá a la revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, para lo cual se sujetará a los términos y condiciones previstas en el artículo cuarto (4) de la Ley 171 de 1961, que hace referencia a la revisión de la pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios. **Consulta EE 7938 del 17 de octubre de 2007.**

4.6. Destitución

Es la separación unilateral del funcionario por parte de la Administración, como consecuencia de una sanción disciplinaria.

Se trata entonces de la sanción disciplinaria más grave de las previstas en la legislación vigente, y es aplicable a los funcionarios de carrera como a los de libre nombramiento y remoción que incurrir en faltas graves y para su aplica-

ción correcta han de observarse las normas propias del proceso administrativo disciplinario, consagradas en Código Disciplinario Único.

Consecuencias de la destitución

De conformidad con el Artículo 45 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario la destitución e inhabilidad general implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o
- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política,
- c) La terminación del contrato de trabajo, y
- d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.”

4.7. Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del cargo

La no asistencia sin justificación del funcionario a laborar, durante determinado tiempo, es causal para que la administración declare la vacancia del cargo y por ende su abandono por parte del empleado titular del mismo.

El artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, consagra que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce entre otras causas, por abandono del cargo.

A su vez, el artículo 126 señala que el abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa, no reanuda sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando deje concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando no concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del mismo decreto y cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.

Así mismo, el artículo 127 *ibídem*, establece que cuando se compruebe cualquiera de los hechos de que trata el artículo 126, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo previo los procedimientos legales.

¿El abandono del cargo es causal autónoma de retiro del servicio?

El hecho de que el artículo 127 se refiera a que cuando se compruebe el abandono del cargo se procederá por parte de la autoridad nominadora a declarar la vacancia del empleo, previos los procedimientos legales, no significa la iniciación de un proceso administrativo disciplinario, es causal autónoma de cesación de funciones y del retiro del servicio. Que posteriormente o paralelamente se inicie una investigación disciplinaria es otro camino administrativo por estar contemplado como falta gravísima en el Código Único Disciplinario.

Las causales de retiro consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, son modalidades de retiro autónomas e independientes, y la separación del cargo se puede producir por cualquiera de ellas; por lo anterior, si se produce el abandono del empleo, es por esta causal que debe producirse el retiro del servicio. Sin embargo, en este caso la administración debe adelantar un procedimiento que permita al empleado ejercer el derecho de contradicción y defensa y expedir el acto administrativo declarando la vacancia, por cuanto el abandono debe estar precedido de una causa no justificada.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1189 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto manifestó frente al tema lo siguiente:

“el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria.
(...)”

la Corte Constitucional ha establecido que [la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la administración pública y como falta gravísima en el Derecho Disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del non bis in ídem](#), sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo conlleva una consecuencia negativa para el

servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria; (...)

la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.

(...)

si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), previa expedición del acto administrativo de retiro del servicio.”

4.8. Supresión del Empleo

La supresión de cargos está contemplada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, como una de las causales de retiro del servicio de los empleados de carrera (literal I artículo 41 de la Ley 909 de 2004).

La supresión de cargos en el sector público es un instrumento de administración de personal, mediante el cual la autoridad competente, ante la necesidad de reestructurar la entidad, o trasladar las funciones a otros organismos, o modificar la planta de personal, procede a eliminar de la misma uno o varios cargos, lo que conlleva la separación de la persona que lo estuviere desempeñando y consecuentemente la desvinculación laboral con la entidad.

Derechos del Empleado de Carrera Administrativa

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el empleado de carrera a quien le sea suprimido el empleo del cual es titular, tiene derecho a la incorporación en otro empleo de carrera, de no ser ésta posible, tendrá derecho a la indemnización o a optar por la reincorporación en un empleo igual o equivalente, para lo cual deberá seguir el procedimiento establecido en el Decreto 760 de 2005.

¿Qué se entiende por cargo equivalente?

De acuerdo con el art. 1 del Decreto 1746 de 2006, “por el cual se modifica el Decreto 1227 de 2005, “un cargo es equivalente a otro cuando tienen asigna-

das funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”.

¿Cuáles son los pasos a seguir en la reestructuración de una entidad y la supresión de empleos?

La modificación de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, conforme a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto reglamentario número 1227 de 2005, “deberá motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

De tal forma que la conclusión del estudio técnico que fundamenta dicha modificación conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005, deberá fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión de Fusión, supresión o escisión de entidades, cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad, traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones, mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios, redistribución de funciones y cargas de trabajo, Introducción de cambios tecnológicos, entre otros y dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

En este orden de ideas la reforma de la Planta de Personal de cualquier entidad Estatal que conlleve la supresión de cargos, debe fundarse en un estudio técnico, donde aparezcan debidamente justificadas las decisiones que se deban tomar.

Concepto DAFP



Ref.: ENTIDADES. ¿Una entidad que es reestructurada puede tener una planta transitoria de empleados con fuero sindical mientras éste se levanta? ¿Resulta viable crear empleos adicionales a los establecidos en el estudio técnico de reestructuración? ¿Los funcionarios de la planta transitoria pueden estar sin funciones y percibiendo salarios? **Rad.** 10056 -2007

Respecto al retiro del empleado con fuero sindical, le preciso que la modificación de plantas de personal que conlleve la supresión de cargos de carrera administrativa, debe soportarse en el estudio técnico que realice la entidad; sí este estudio arroja como resultado la necesidad de suprimir cargos cuyos titulares sean empleados amparados con fuero sindical, previo al retiro de los mismos, la Administración debe solicitar el respectivo levantamiento del fuero sindical a la autoridad correspondiente.

Para el caso concreto, mientras no se produzca el levantamiento del fuero sindical el empleado no podrá ser desvinculado de la entidad.

El fin último de toda reestructuración debe ser mejorar sustancialmente el desempeño de las entidades públicas, en consonancia con los mandatos constitucionales y legales, con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, el Plan de Desarrollo Departamental o Municipal y el Plan de Gobierno correspondiente, es así como todo proceso de reestructuración lleva consigo el desarrollo de actividades esencialmente técnicas, las cuales deben ser planeadas y estructuradas para lograr el objetivo final, es decir, el mejoramiento del desempeño institucional y otras de carácter formal relacionadas con el trámite de la reforma.

La modificación de las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y



territorial, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.

De tal forma que la conclusión del estudio técnico que fundamenta dicha modificación, deberá fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión de Fusión, supresión o escisión de entidades, cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad, traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones, mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios, redistribución de funciones y cargas de trabajo, introducción de cambios tecnológicos, entre otros y dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

De conformidad con lo anterior, podemos concluir que una Entidad Pública en proceso de Reestructuración puede tener una planta transitoria, en la cual se encuentren los empleados con fuero sindical que según el respectivo estudio técnico fueron suprimidos, pero quienes los venían ejerciendo no se pueden retirar mientras se autoriza por el respectivo juez el levantamiento del fuero. Al existir un estudio técnico que establece la supresión y la creación de los empleos necesarios dentro de una entidad para su buen funcionamiento, no se encuentra sustento jurídico para que se creen más cargos de los indicados en dicho estudio técnico. **EE-7976 de octubre 19 de 2007**

¿Cuál es la protección de la empleada de carrera en estado de embarazo frente a la supresión del cargo del cual es titular?

La Ley 909 de 2004, en su artículo 51 numeral 4 establece los siguientes derechos de la empleada de carrera en caso de supresión del empleo del cual es titular, cuando no sea posible su incorporación en otro igual o equivalente:

- Pagarle, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto.
- Pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública, durante toda la etapa de gestación y los tres meses posteriores al parto.
- Reconocimiento de las doce semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.

Establece además la norma que la anterior indemnización es un derecho de las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004.

Finalmente, consagra el párrafo 1º de la norma que la indemnización a que hace referencia la norma se hará sin perjuicio de la indemnización a que tienen derecho los empleados de carrera en caso de supresión de los empleos de los cuales sean titulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la mencionada Ley 909 de 2004.

Concepto DAFP

Ref.: RETIRO DEL SERVICIO.- FUNCIONARIA CON EMPLEO DE CARÁCTER TEMPORAL EN ESTADO DE EMBARAZO. ¿Qué procedimiento debe seguirse con una empleada en estado de embarazo al cumplirse el término pactado dentro del acto administrativo de nombramiento? **Rad. 9541 -2007**





Frente a la estabilidad laboral de la mujer embarazada, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-661/07, del 24 de agosto de dos mil siete (2007), expresó:

(...) “5. Derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Contratos de trabajo a término fijo. Reiteración de Jurisprudencia.

(...) 5.6 En síntesis, en virtud de las normas constitucionales y legales, y en consideración de la jurisprudencia de esta Corporación, las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia cuya relación laboral se derive de un contrato de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada, tienen derecho a conservar su trabajo aunque el término convenido para la culminación de su labor haya expirado; esto, si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y la trabajadora ha cumplido de manera adecuada sus funciones. En todo caso, el empleador que pretenda ordenar el despido de una mujer en estado de embarazo o en período de lactancia vinculada laboralmente mediante contrato de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada, no se encuentra exento de la obligación de solicitar la autorización respectiva ante el funcionario competente. Así, la trabajadora en estado de embarazo despedida con fundamento en el vencimiento del contrato de trabajo y sin la autorización aludida anteriormente, dado que se presume que dicho despido se produjo con motivo del embarazo, adquiere el derecho a ser reintegrada a su cargo y a recibir de su empleador las indemnizaciones, prestaciones y beneficios que consagra la ley. (Negrilla y subrayado es nuestro).

De acuerdo con lo anterior, en concepto de esta Dirección Jurídica, para el caso que nos ocupa, se considera que si en la entidad subsisten las necesidades que dieron origen a la creación del cargo temporal que desempeña la empleada embarazada y ésta ha desempeñado satisfactoriamente las funciones que le fueron otorgadas, la administración podrá prorrogarle el término inicialmente pactado, previo trámite de la apropiación y

disponibilidad presupuestal requerida para pagar los salarios y prestaciones sociales que se generen, más aún cuando entre la terminación del nombramiento de la empleada y la fecha probable del parto media menos de un mes, lo cual conduciría a dar la especial protección a la maternidad. **EE 7652 del 05 de octubre de 2007**



¿Cuáles son los derechos que se generan por la supresión del cargo para la empleada pública embarazada de carrera administrativa?

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y los Decretos reglamentarios Nos. 1227 del 2005 y 760 de 2005, los empleados de carrera que son retirados del servicio por supresión del empleo, de conformidad con la Constitución Política y la Ley, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en un empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes en entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional o Territorial, según lo previsto en el Art. 28 del Decreto 1227 de 2005 o a recibir indemnización prevista en el Art. 44 de la Ley 909 de 2004. Para el caso de la empleada embarazada adicional a lo anterior se le aplicará lo dispuesto en el Artículo 94 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

