

6200

Bogotá D.C., viernes, 23 de febrero de 2018



Al responder cite este Nro.
20182100011572

Doctora
DARLIN EIDINA OSPINA RINCONES
Carrera 51 No. 41 – 222, Oficina 301, Edificio Calle Nueva
Medellín, Antioquia

Radicados ADR: 20183505000051 y 20183505000133 de 19 de enero de 2018
Asunto: Concepto Jurídico

Cordial saludo,

En atención a su solicitud de concepto y previo a resolver los interrogantes planteados en su escrito, es importante señalar que a esta Oficina Jurídica, no le corresponde pronunciarse sobre casos particulares que no guarden relación con el objeto, ni funciones de la misma, máxime, cuando el objeto de la solicitud por usted elevada, se relaciona con temas de carácter laboral de su poderdante, quien no tiene ni ha tenido vínculo con la Agencia de Desarrollo Rural, tal y como se desprende de la certificación expedida por la Secretaría General, la cual se anexa.

No obstante lo anterior, consideramos prudente hacer mención del marco normativo relacionado con los temas a los que usted hace referencia en su escrito, así:

MARCO NORMATIVO

Las regulaciones vigentes estipulan una serie de prerrogativas para los empleados inscritos en la carrera administrativa a quienes se les suprime el cargo del cual son titulares como consecuencia de los procesos de liquidación o reestructuración de las Entidades, consistente en el derecho preferencial a ser incorporados a un empleo igual o equivalente al suprimido de la planta de personal, o en caso de no ser posible la incorporación antes descrita, podrán optar también por ser reincorporados a otros empleos equivalentes o a recibir una indemnización, tal y como se expone a continuación:

A. Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"



"ARTICULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentara el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

Parágrafo 1°. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprima esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizara además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2°. La tabla de indemnizaciones será la siguiente. (. . .)"

ARTICULO 45. Efectos de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal. Cuando la incorporación se efectuó en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma".

B. Decreto 760 de 2005, "Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones".

"ARTICULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes Reglas:

28.1. La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1. En la entidad en la cual venga prestando el servicio.

28.1.2. En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4. En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el párrafo 2o del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004.

ARTICULO 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización”.

C. Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"

"ARTÍCULO 2.2.11.2.1 Derechos de los empleados de carrera por supresión del empleo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a Otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

Mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera.

PARÁGRAFO. Producida la reincorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquella, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales,

ARTÍCULO 2.2.11.2.2 Incorporación. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño”.

EFFECTOS DE LA SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA: INCORPORACIÓN REINCORPORACIÓN E INDEMNIZACIÓN

Tanto la normatividad antes descrita, como la jurisprudencia y la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil, prevén una serie de prerrogativas para los empleados inscritos en la carrera administrativa a quienes se les suprime el cargo debido a los diversos procesos de reestructuración de las Entidades, conllevando obligaciones en cabeza de los nominadores a efectuar actuaciones administrativas tendientes a establecer la procedencia de mantener la vinculación de dichos funcionarios en las plantas de personal de las nuevas Entidades u organismos, a través de la incorporación, o en caso de esta no ser posible, el derecho que le asisten a los ex servidores a optar por la reincorporación, o a recibir indemnización, de conformidad con las normas ya expuestas.

A. INCORPORACIÓN:

Es una prerrogativa con el que cuentan los servidores públicos inscritos en la carrera administrativa, con respecto del cual, frente a la supresión de los empleos de los cuales son titulares, cuentan con el derecho preferencial a ser vinculados en empleos iguales o equivalente en la nueva planta de personal de la Entidad que haya asumido sus funciones, sin ser necesario la exigencia de requisitos superiores para su desempeño.

Si la anterior situación no es aplicable al ex funcionario público, el artículo 29 del Decreto 760 de 2005, establece que de no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente, o porque aquella fue suprimida, se le deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole que cuenta con la opción de elegir entre la reincorporación o la indemnización que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

- Características de la incorporación:

La Comisión Nacional del Servicio Civil como autoridad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, según la facultad dispuesta en el artículo 130 de la Constitución Política, a partir del marco normativo descrito en el presente escrito, ha resaltado una serie de características para la figura de la incorporación, así:

- La incorporación no es una potestad discrecional, sino una obligación del nominador quien debe verificar desde el punto de vista efectivo y material la supresión del cargo y de ser así, revisar si existe empleo igual o equivalente para mantener la vinculación laboral del empleado.

- La incorporación puede darse de manera automática cuando el nominador evidencie que la supresión del empleo es formal, es decir, en la nueva planta sólo cambia su denominación, manteniéndose su contenido funcional incólume, sin que se le puedan

exigir al funcionario requisitos adicionales a los que acreditó en el momento de tomar posesión.

- La incorporación también tiene lugar en empleos de la planta de personal de la entidad pública que haya asumido las funciones de aquella a la que el servidor público pertenecía, cuando se presenten circunstancias como fusión, supresión, liquidación o escisión de la entidad, siempre y cuando se compruebe que los empleos sean iguales a los ocupados con anterioridad.

- La incorporación se materializa de manera simultánea a la notificación de la novedad de la supresión del empleo, pues se entiende que el nominador después de examinar la nueva planta de empleos halló uno con condiciones iguales o equivalentes al suprimido.

- Oportunidad para efectuar la incorporación:

Con respecto a la existencia de un término o plazo para que la entidad verifique la procedencia o no de la incorporación, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de Concepto de fecha 20 de septiembre de 2012, emitido por el Comisionado Jorge Alberto García, ha sostenido lo siguiente:

"La normatividad no establece un plazo para adelantar el proceso de incorporación de los funcionarios de la planta de personal, sin embargo es necesario realizarlo de manera inmediata, una vez entre en vigencia el acto administrativo de adopción de la nueva planta, con el fin de dar cumplimiento al artículo 44 de la Ley 909, para el caso en que se haya definido suprimir el empleo a funcionarios con derechos de carrera; y realizar los actos administrativos de incorporación y posesión de aquéllos servidores que pasen a otros empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal".

B. REINCORPORACIÓN

Es la opción o la posibilidad con la que cuentan los servidores públicos con derechos de carrera administrativa cuando el cargo sobre el cual es titular, haya sido suprimido por causas previstas en la Ley y no sea posible su incorporación en la nueva planta de personal de la entidad a la que pertenecía el empleo o en otra, incluso, después de haberse surtido el proceso de reclamación ante la respectiva Comisión de Personal y, de ser el caso, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en segunda instancia.

La reincorporación es efectuada previa aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien estudia la posibilidad de realizarla, determinando la existencia de empleos iguales o equivalentes en las plantas de personal de las entidades públicas en el orden señalado en el Decreto Ley 760 de 2005.

- Oportunidad para realizar la reincorporación:

Calle 43 N° 57 – 41 CAN Bogotá, Colombia
Línea de Atención al Ciudadano
PBX: (57)+(1)+383 04 44
www.adr.gov.co
atencionalciudadano@adr.gov.co



Según lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 760 de 2005, la reincorporación se efectuará dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional, o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

- En la entidad en la cual venía prestando el servicio.
- En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.
- En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.
- En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.
- La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

C. INDEMNIZACIÓN

En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 760 de 2005, el director o jefe de la entidad, mediante acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición en los términos de la Ley 1437 de 2011, deberá reconocer y ordenar el pago de la indemnización a que tiene derecho el ex servidor dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia de alguno de los siguientes hechos:

- Cuando el ex empleado hubiere optado expresamente por la indemnización.
- Cuando el ex empleado no hubiere manifestado su decisión de ser reincorporado.
- Cuando al vencimiento de los seis meses para ser reincorporado, no hubiere sido posible su reincorporación en empleo igual o equivalente al suprimido.

El Decreto 1083 de 2015, dispone que la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios teniendo en cuenta los factores contemplados en el artículo 2.2.11.2.4 del mencionado Decreto, y su pago estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma, y en caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación.

OBJETO DE LA CONSULTA

Una vez expuesto el marco normativo vigente para el empleado de carrera administrativa a quien se le ha suprimido el cargo del cual era titular como

APE

consecuencia de los procesos de liquidación o reestructuración de la Entidad a la cual estaba vinculado, procederemos a dar respuesta a sus inquietudes, exponiendo los argumentos y fundamentos jurídicos en que se soportan, así:

PRIMERA PREGUNTA:

“ 7.1 Sírvase señor Funcionario indicar jurídicamente e invocando las normas para tales efectos si en su concepto y en concordancias de las normas laborales si mi poderdante tiene derecho a que le sean reconocidos los 13 meses y 15 días que estuvo por desempleado a causa de la supresión de su cargo a causa de que entro en proceso de liquidación y extinción el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, pues si bien a este se le pagaron las prestaciones sociales anteriormente manifiesta le adeuda dicho ente o quien haga sus veces los valores y conceptos de 13 meses y 15 días por la supresión de su cargo lo cual debe ser remunerado legalmente en favor de mi poderdante dado que manifestó al dicho Instituto Colombiano la reincorporación laboral a uno igual o mejor cargo y por consecuencia de ello es el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, debió pagarle a este los meses o periodos dejados de percibir laboralmente y no solo limitarse a cancelar y reconocer los valores liquidados e indicados a usted en la parte superior. En este orden de ideas sírvase señor funcionario proceder a dar concepto jurídico sobre la situación planteada. Y si mi poderdante tiene derecho en mención y por qué”.

Es importante indicar que de acuerdo con la normatividad antes descrita, la figura de la reincorporación no conlleva el pago de salarios dejados de percibir, en el mencionado lapso, pues este no fue el querer del legislador al diferenciar las prerrogativas laborales que devienen de la supresión de los cargos de carrera administrativa, ya que ninguna de ellas, estos es, la incorporación o la reincorporación, soportan entre sí una carga salarial que a manera sancionadora debe reconocer y pagar la Entidad liquidada o quien haga sus veces o la Entidad que reincorpora.

En tal sentido, no existen fundamentos jurídicos que permitan establecer que a partir de las decisiones administrativas, en este caso específico, INCODER en Liquidación que ordenó la supresión del cargo o la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dio origen a la reincorporación del servidor público, le corresponda a la Entidad liquidada o a quien haga sus veces, proceder al reconocimiento y pago de emolumentos salariales por servicios no prestados a la Entidad.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-927 de 10 de octubre de 2003, al analizar un caso similar al planteado, tuvo en cuenta los lineamientos, dispuestos, en la Sentencia T-1059 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, señalando lo siguiente:

File

"El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado.

Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho".

De lo anterior se infiere, que resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a una Entidad del Estado sin justificación legal, toda vez que ello implicaría un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública.

Con fundamento en lo expuesto, se advierte que el pago de salario y demás emolumentos implican indefectiblemente la prestación efectiva de un servicio.

SEGUNDA PREGUNTA:

"7.2 Seguidamente si a la fecha es el encargado para tales efectos anteriores es el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANTES EN LIQUIDACIÓN. (PAR INCODER). O si está a través de LA VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA".

En consideración a la conclusión anterior, al no existir la prestación efectiva de un servicio, no hay un responsable del pago de salario y demás emolumentos dejados de percibir por su representado.

A. E.

TERCERA PREGUNTA:

7.3 También si existe una responsabilidad civil y solidaria frente a los derechos de mi poderdante en sentido de su reconocimiento y pago entre el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES EN LIQUIDACIÓN (PAR INCODER). O si está a través de LA VOCERA Y ADMINISTRADORA PARA EL PAR INCODER FIDUAGRARIA, y si también el MINISTERIO DE AGRICULTURA, AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS, AGENCIA NACIONAL Y DESARROLLO RURAL(sic) en razón del enlace bien sea centralizado o descentralizado de dichas entidades pero vinculación territorial de orden nacional con el extinto Instituto Colombiano de desarrollo Rural – INCODER”.

Teniendo en cuenta las respuestas anteriores, no puede endilgarse ningún tipo de responsabilidad, frente a las Entidades por usted mencionadas, más aun, cuando la responsabilidad del Estado deberá ser declarada por Juez Administrativo.

El presente concepto se emite en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo contenido señala: “*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*”, razón por la cual no constituye el reconocimiento de ningún tipo de responsabilidad, ni reconocimiento de derecho alguno.

Atentamente,



MARCELA MORALES CALDERÓN
Jefe Oficina Jurídica

Anexo: Uno (1 Hoja)

Elaboro: Edgar Gómez Duque, Profesional Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Marcela Morales Calderón, Jefe Oficina Jurídica
Aprobó: Marcela Morales Calderón, Jefe Oficina Jurídica



**LA SECRETARIA GENERAL
DE LA AGENCIA DE DESARROLLO RURAL**

CERTIFICA:

Que revisados los archivos físicos y magnéticos que reposan en la Dirección de Talento Humano de la Agencia de Desarrollo Rural se estableció que no existe registro alguno del ciudadano **MERVIS MERCADO MOSQUERA** identificado con la cédula de ciudadanía número **11.804.157** el cual determine que haya sido incorporado o reincorporado a la planta de personal por decisión administrativa o judicial alguna.

La presente se expide a solicitud de la Oficina Asesora Jurídica de la ADR.

Dada en Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil dieciocho (2018).


SANDRA PATRICIA BORRAEZ DE ESCOBAR
Secretaria General

Proyectó: Carlos Enrique Camelo Castillo - Contratista - Secretaría General 

