



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20142040135991

Fecha: 24/09/2014 10:35:04 a.m.

Bogotá D. C.,

Señora
Alexa Ximena Acosta Caceres
servidorespublicosenlucha@yahoo.es

Ref. Copia concepto(s). Ref. Funciones permanentes en contratista, reubicación de funcionarios y términos de encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Rad. 20142060148342 del 15 de Septiembre de 2014.

Cordial saludo;

En respuesta a su petición radicada en este Departamento con el número en referencia, me permito enviar copia de los conceptos radicados con los Nos. 20146000031051 del 03 de marzo de 2014 y 20116000134911 del 12 de diciembre de 2012., en los cuales, la Dirección Jurídica se pronunció sobre el tema por usted consultado, señalando lo siguiente:

Concepto 20146000031051:

"En consecuencia, no es procedente acudir al contrato de prestación de servicios para el ejercicio de las funciones con carácter de permanente, si existe personal de planta que esté en la posibilidad de asumirlas.

Por lo tanto y con el objeto de evitar la desnaturalización del empleo público, las funciones del cargo de carrera administrativa denominado Secretario Ejecutivo Código 425 grado 03, perteneciente a la planta de personal del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, siendo éstas de carácter permanente en el giro ordinario de la entidad, no podrán suplirse bajo la figura del Contrato por prestación de servicios y tampoco podrán ser desarrolladas por un contratista de la entidad."

Concepto 20116000130861:

"No obstante, la potestad que le otorga la ley al nominador de la entidad para efectuar reubicación del personal, teniendo como principal fundamento la necesidad del servicio en aras de lograr una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano, aunque es discrecional y potestativa, debe estar siempre ligada a los límites que la misma Constitución le impone, en el entendido de proteger los derechos del trabajador para ejercer sus funciones en condiciones dignas y justas; por lo tanto, el cambio de dependencia no deberá implicar condiciones menos favorables; sin desconocer, que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no pueden estar condicionadas a las necesidades e intereses particulares; en tanto que prima el interés general sobre el particular tal y como se desprende del artículo 1º de nuestra Carta Política."

Concepto 20116000134911:

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4060/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





"No obstante, debe tenerse en cuenta que a pesar de haberse vencido el plazo de la situación administrativa, el empleado no puede dejar el cargo sin que la persona que deba asumirlo en forma definitiva tome posesión del mismo, situación que, por lo general, se presenta en empleos de dirección, confianza y manejo. Sobre el particular, el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, establece que se produce abandono del cargo cuando un empleado sin justa causa se abstiene de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo."

Los conceptos descritos se impartieron en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De otra parte, es importante recordar que las funciones generales del Departamento Administrativo de la Función Pública están contempladas en el Decreto 188 de 2004, así: *"formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público."*, lo cual indica, que si se presentan posibles irregularidades en la gestión pública, su conocimiento no será de nuestro resorte, competencia atribuida constitucional y legalmente a los organismos de control.

Dicho lo anterior, si el caso mencionado en su comunicación se relaciona con posibles anomalías en las decisiones y actuaciones tomadas al interior de la entidad, le sugerimos que la queja relacionada con el tema junto con los respectivos soportes, sean remitidos a la entidad de control competente – *Oficina de Control Interno Disciplinario o Procuraduría General de la Nación* –.

Finalmente es importante recordar, que de conformidad con las competencias atribuidas constitucional y legalmente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, es éste organismo, el competente para conocer de las irregularidades que se presenten en los procesos de encargos¹.

Cordialmente,

LUIS FERNANDO NUÑEZ RINCÓN
Coordinador Grupo de Atención al Ciudadano

Anexo: Lo enunciado en siete (7) folios.

Rodrigo Bernal Parra/Luis Fernando Nuñez

204.34.2

¹ Constitución Política de Colombia "Artículo 130. *Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.*"
Ley 909 de 2004: "Artículo 11. *Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:...*"



Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20146000031051
Fecha: 03/03/2014 02:40:33 p.m.

Bogotá D. C.,

Señora
SUSANA IRENE SALAZAR C.
Calle 22 No. 6 -27 Piso 3
Bogotá

REF. EMPLEOS. ¿Los contratistas pueden coordinar a empleados públicos? ¿El objeto del contrato de prestación de servicios puede ser el ejercicio de funciones públicas? RAD: 2014-206-001039-2 de fecha 20 de enero de 2014.

Respetada señora.

En atención al oficio de la referencia en el cual manifiesta una serie de presuntas irregularidades relacionadas con la posibilidad de que un contratista ejerza la coordinación de un grupo, y que una contratista está ejerciendo funciones de un cargo de carrera administrativa, atentamente me permito informarle lo siguiente:

1.- Sea lo primero precisar, que la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece lo siguiente frente a los contratos de prestación de servicios:

"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

(....)

3o. Contrato de prestación de servicios

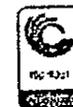
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto)

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar revistas en la planta de personal. Los elementos del contrato de prestación de servicios y el contrato laboral son diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4090/97 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





hacen inconfundibles tanto por los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012¹ señaló:

"La Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucionales y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral" (Subrayado fuera del texto)

La misma corporación, en sentencia C-614 de 2009 afirma que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

En consecuencia, no es procedente acudir al contrato de prestación de servicios para el ejercicio de las funciones con carácter de permanente, si existe personal de planta que esté en la posibilidad de asumirlas.

Por lo tanto y con el objeto de evitar la desnaturalización del empleo público, las funciones del cargo de carrera administrativa denominado Secretario Ejecutivo Código 425 grado 03, perteneciente a la planta de personal del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, siendo éstas de carácter permanente en el giro ordinario de la entidad, no podrán suplirse bajo la figura del Contrato por prestación de servicios y tampoco podrán ser desarrolladas por un contratista de la entidad.

2.- De otra parte, frente a la viabilidad de que un contratista ejerzan funciones de coordinación sobre empleados públicos, me permito remitirle copia del concepto con radicado 20136000141121 de fecha 16/09/2013, en el cual esta Dirección se pronunció frente a un caso similar concluyendo lo siguiente:

¹ Referencia: Expediente D-8666; Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; siete (7) de marzo de dos mil doce (2012)





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS

"Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que no resulta viable que un contratista (particular) tenga asignadas funciones de coordinación de grupos internos de trabajo, ya que la misma debe estar en cabeza de empleados públicos, entendidos como aquellos que tienen una relación legal o reglamentaria con la administración, existiendo en consecuencia un acto administrativo de nombramiento y un acto de posesión.

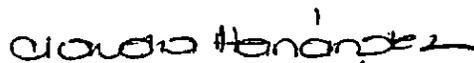
Es así como el artículo 122 de la Constitución Política señala que *"No habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)"*

En este mismo sentido la 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"*, señala que *"el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública (...)"* y que por empleo público se entiende *"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."*

Por lo anterior se reitera que el contratista, al no desempeñar un empleo público, sino desarrollar un objeto contractual en calidad de particular no puede ser considerado como superior jerárquico, en atención a que la jerarquía la determina la correspondiente organización de la planta de personal."

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Anexos: Dos (2) folios

MA Ernesto Fagua - MLH / GCJ

600.4.8.





Departamento Administrativo
de la FUNCIÓN PÚBLICA
República de Colombia

PROSPERIDAD
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20136000141121
Fecha: 16/09/2013 09:16:22 a.m.

Bogotá D. C.,

Señora
TULIA CONSUELO MONTENEGRO DE RODRÍGUEZ
montconsuelo@gmail.com

REF.: Ref.: VARIAS. Viabilidad de que contratistas ejerzan funciones de coordinación sobre empleados públicos. Rad.2013-206-012597-2.

Respetada señora, reciba un atento saludo:

Con respecto a la consulta formulada en su comunicación de la referencia, relacionada con la viabilidad de que contratistas ejerzan funciones de coordinación o mando sobre empleados públicos, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- La coordinación de grupos de trabajo se encuentra establecida para los empleados públicos de las entidades del orden nacional en el Decreto 1029 de 2013¹, así:

Artículo 13. Reconocimiento por coordinación. Los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, las Empresas Sociales del Estado y las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica que tengan planta global y que tengan a su cargo la coordinación o supervisión de grupos internos de trabajo, creados mediante resolución del jefe del organismo respectivo, percibirán mensualmente un veinte por ciento (20%) adicional al valor de la asignación básica mensual del empleo que estén desempeñando, durante el tiempo en que ejerzan tales funciones. Dicho valor no constituye factor salarial para ningún efecto legal. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Nótese que la anterior disposición emplea el término **empleados** para referirse a las personas que tienen a su cargo la coordinación de grupos internos de trabajo, por lo que consecuentemente también alude a la **asignación básica** de ese **empleo** y a las **funciones**

¹ "Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones".





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

propias del mismo, términos o expresiones que no resultan aplicables a contratistas de prestación de servicios.

2.- De otra parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

***ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)**

30. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Decreto 2474 de 2008, señala:

"Artículo 82. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato."

Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar revistas en la planta de personal.





Así lo ha señalado la Ley y la Corte Constitucional mediante sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009², Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual expresó:

" (...)

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

(...)

En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales".
(Negrita y subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa que no resulta viable que un contratista (particular) tenga asignadas funciones de coordinación de grupos internos de trabajo, ya que la misma debe estar en cabeza de empleados públicos, entendidos como aquellos que tienen una relación legal o reglamentaria con la administración, existiendo en consecuencia un acto administrativo de nombramiento y un acto de posesión.

Es así como el artículo 122 de la Constitución Política señala que "No habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)"

² Mediante la cual se declara la exequibilidad del último inciso del artículo segundo parcial del Decreto Ley 2400 de 1968.





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

En este mismo sentido la 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", señala que "el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública (...)" y que por empleo público se entiende "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."

Por lo anterior se reitera que el contratista, al no desempeñar un empleo público, sino desarrollar un objeto contractual en calidad de particular no puede ser considerado como superior jerárquico, en atención a que la jerarquía la determina la correspondiente organización de la planta de personal.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Claudia Hernández L
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Maia Borja/CPHJ/ER.12597 -13
600.4.8.





Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

Prosperidad
para todos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20116000134911
Fecha: 12/12/2011 04:31:59 p.m.

Bogotá D. C.

Doctor

JULIAN MARULANDA CALERO

Subdirector de Gestión Humana

Ministerio del Interior

Carrera 9 No. 14-10

Bogotá D.C.

Ref.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. ¿Se puede permanecer en un encargo de un empleo de libre nombramiento y remoción por un término superior al establecido en la ley? Rad. 2011-206-013885-2

Respetado Doctor:

En atención a su consulta de la referencia, le manifiesto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973, en caso de vacancia definitiva de un empleo de libre nombramiento y remoción éste podrá ser provisto mediante la figura del encargo, el cual no podrá superar el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

De igual manera, el artículo 24 de la 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", establece que 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 (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

No obstante, debe tenerse en cuenta que a pesar de haberse vencido el plazo de la situación administrativa, el empleado no puede dejar el cargo sin que la persona que deba asumirlo en forma definitiva tome posesión del mismo, situación que, por lo general, se presenta en empleos de dirección, confianza y manejo. Sobre el particular, el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, establece que se produce abandono del cargo cuando un empleado sin justa causa se abstiene de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a tí"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

El artículo 128, ibídem, consagra que si por el abandono del cargo se perjudica el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal correspondiente.

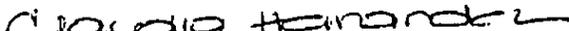
Asimismo, el artículo 34, numeral 17, de la Ley 734 de 2002, consagra, entre los deberes de los servidores públicos, permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo.

De acuerdo con lo expuesto, se considera que el empleado encargado debe permanecer en el desempeño del cargo hasta que se posesione quien deba reemplazarlo.

Se precisa que este término debe ser el estrictamente necesario para efectos de la provisión definitiva del empleo, de conformidad con lo dispuesto en las normas anteriormente citadas.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del C.C.A

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL GCJ 601 Rad. 2011-206-013885-2

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

Prosperidad
para todos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20126000130861
Fecha: 17/08/2012 08:23:19 a.m.

Bogotá, D.C.

Señora
MILADY VARGAS GUIZA
Secretaria General (E) – Migración Colombia
Calle 100 # 11B – 27 – Edificio Platinum
Bogotá D.C.

Ref. REMUNERACIÓN – VIÁTICOS. ¿Se puede reconocer en la reubicación de personal?, traslado y reubicación para efectos de reconocer gastos de transporte. Rad. 2012-206-012332-2

Respetada señora Milady.

Acusamos recibo de su consulta, radicada en este Departamento con el número de la referencia y al respecto le informamos:

En el caso que nos ocupa, y de acuerdo con los datos de su consulta, estamos en presencia de una planta de personal global que consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad, sin identificar su ubicación en las unidades o dependencias que hacen parte de la organización interna de la institución.

Con este modelo la autoridad superior de la entidad, distribuirá los empleos y ubicará 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.

Este modelo de planta de personal flexibiliza la administración del recurso humano al permitir la movilidad del personal de un área afin a otra, como un mecanismo real e idóneo para dinamizar los procesos operativos y técnicos y facilitar la gestión de la entidad.

No obstante, la potestad que le otorga la ley al nominador de la entidad para efectuar reubicación del personal, teniendo como principal fundamento la necesidad del servicio en aras de lograr una administración más ágil y dinámica con una mejor utilización del recurso humano, aunque es discrecional y potestativa, debe estar siempre ligada a los límites que la misma Constitución le impone, en el entendido de proteger los derechos del trabajador para ejercer sus funciones en condiciones dignas y justas; por lo tanto, el cambio de dependencia no deberá implicar condiciones menos favorables; sin desconocer, que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no pueden estar condicionadas a las necesidades e intereses particulares; en tanto que prima el interés general sobre el particular tal y como se desprende del artículo 1º de nuestra Carta Política.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado haciendo referencia al "ius variandi" en los siguientes términos:





***3. El ius variandi y sus límites constitucionales:**

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados se ha denominado el ius variandi, que se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo. Esta potestad no es absoluta, puesto que está limitada por los derechos fundamentales de los trabajadores y los principios y valores constitucionales, específicamente, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

También ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la facultad del empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, las circunstancias que afectan al trabajador, la situación familiar, su estado de salud y el de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado. Así, frente al ejercicio del ius variandi, en cada caso particular el empleador tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, sin desconocer el trato digno que el patrono debe a sus trabajadores.

(...)

Esta Corporación en varias de sus sentencias se ha pronunciado acerca de las finalidades y límites que conlleva el acto de trasladar a un trabajador del sector público. Es así como ha considerado que el ius variandi, procede por motivos razonables y justos; en su ejercicio deberá preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador; y, el uso de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, bien sea privado u oficial, debe ser razonable, lo que significa que la potestad no puede ser ejercida de manera arbitraria e intempestiva, sino respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y de los integrantes de su núcleo familiar, tales como la vida, la salud o la integridad personal.

De ahí, que las razones del buen servicio público que tenga la Administración, priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, ya que el cumplimiento de las obligaciones del Estado no puede estar condicionado o sometido a los intereses personales de cada uno de sus servidores, pues así, la movilidad geográfica en la función pública sería absolutamente imposible. Con todo, la facultad discrecional de variación o modificación de las condiciones de trabajo que le asiste al empleador público no es absoluta, por cuanto dadas las repercusiones y trascendencia que tiene para el trabajador en aspectos familiares, sociales, culturales y hasta económicos, el acto administrativo de traslado debe sujetarse a los postulados consagrados en la Constitución, respetando las garantías de estabilidad tanto laboral como personal del trabajador. (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, respecto al pago de viáticos, el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978 ha circunscrito su aplicación exclusivamente a la comisión de servicios, adicional al reconocimiento de gastos de transporte descritos en el artículo 71 y previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 75 de la misma disposición legal (que se desempeñe temporalmente las funciones del cargo en un lugar geográfico distinto al de la sede habitual); en consecuencia y en respuesta al cuarto y penúltimo punto de su consulta, no es procedente el reconocimiento y pago de viáticos; adicionando lo dispuesto por el Gobierno Nacional en materia presupuestal¹, en cuanto que el rubro de gastos de transporte no podrá imputarse a la movilización que se presente dentro del perímetro urbano.

Decreto 1042 de 1978.

*Artículo 61º.- De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos.

Artículo 71º.- De los gastos de transporte. Los empleados públicos que deban viajar fuera de su sede de trabajo, en desarrollo de comisiones de servicio dentro del país o en el exterior, tendrán derecho al reconocimiento y pago de los gastos de transporte, de acuerdo con reglamentación especial del gobierno.

¹ Decreto 4970 de 2011, artículo 40





(Subrayado fuera del texto).
(....)

En este entendido y respecto a su primer pregunta, no es procedente reconocer y pagar viáticos a un empleado público en condiciones de reubicación, en cuanto que no se cumplen con los presupuestos fácticos descritos en la norma²; no obstante, el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 73 define los gastos de traslado, como el reconocimiento económico para el empleado que sea designado con carácter permanente para ocupar un cargo en otro municipio, en este orden de ideas, será éste último factor el aplicable al caso expuesto en su consulta, sumado a lo dispuesto en el artículo 7º de la Resolución 120 de 2012 relacionada en su escrito.

Decreto 1042 de 1978:

"Artículo 73º.- De los gastos de traslado. Cuando un funcionario fuere nombrado con carácter permanente para ocupar un cargo en otro municipio, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su familia, y al pago de los gastos de transporte de sus muebles." (Subrayado fuera del texto)

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando se trate de traslados periódicos podrá reconocerse una suma fijada por este concepto, según la reglamentación que al respecto dicte el gobierno.

Respecto a la implementación de Políticas que minimicen la afectación que ocasiona para los empleados públicos y sus familias, la modificación del lugar de trabajo deberá estar ligada a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de estimar y racionalizar los costos que ocasionaría adoptar políticas de movimiento periódico de personal, teniendo en cuenta los gastos de traslado de que trata el artículo 73 del decreto 1042 de 1978 transcrito.

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."

"Artículo 17. Planes y plantas de empleos.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

(....)

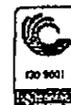
c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.

2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano." (Subrayado fuera del texto)

Respecto a su tercer cuestionamiento, es claro que se está frente a una reubicación, tal y como lo conceptuó el DABS³; en razón a que el movimiento de personal en distintas sedes de la misma entidad sin que se presente la vacancia del empleo, no configuran el traslado definido en el artículo 29 del Decreto 1950 de 1973; en este orden de ideas, para el reconocimiento económico frente a

² Artículo 61 Decreto 1042 de 1978

³ Departamento Administrativo de Bienestar Social – Dirección Jurídica – Concepto 31340 de 2005.





uno u otro evento, se deberá dar aplicación a lo definido en los artículos 61 y 71 del Decreto 1042 de 1978 para la comisión de servicios y al artículo 73 del mismo Decreto y el artículo 7° de la Resolución 120 de 2012 para la reubicación; adicionalmente, los funcionarios incorporados del antiguo Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y aquellos vinculados por las distintas modalidades de empleo público a partir del 01 de enero de 2012, tendrán los mismos derechos económicos ya descritos para el caso de comisión o reubicación. (Artículo 7° Decreto 4057 de 2011)

Decreto 4057 de 2011 "Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones."

"ARTÍCULO 7o. RÉGIMEN DE PERSONAL. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales." (Subrayado fuera del texto)

De otra parte, y respecto al término de duración de las comisiones, el tratadista *Diego Younes Moreno* en su libro "Derecho Administrativo Laboral" recoge lo establecido en los Decretos 1042 de 1978 y 1950 de 1973, en los siguientes términos:

"d) Duración. La duración de la comisión está regulada por los decretos 1042 de 1978 y 1950 de 1973, que disponen que no puede exceder de 30 días prorrogables, por razón de la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse, hasta por un término igual"

Sin embargo, la norma (artículo 65 Decreto 1042 de 1978) establece excepciones a la regla, a saber, sobre las comisiones de servicios en empleados con funciones de inspección y vigilancia y aquellas en las que a consideración del jefe del organismo sea necesario no sujetarse al término de 30 días, prorrogables por un término igual; sin embargo, las comisiones permanentes están prohibidas a la luz del mismo precepto legal.

Finalmente, es preciso mencionar que el empleado público tendrá derecho al reconocimiento y pago de salarios y demás prestaciones, siempre y cuando se encuentre en Servicio Activo, entendiéndose como tal, el ejercicio material e intelectual de las funciones del empleo en el cual ha sido nombrado y posesionado, en concordancia con lo establecido en el artículo 59 del Decreto 1950 de 1973; en consecuencia, el único reconocimiento económico en situación de licencia por enfermedad (incapacidad) será el que establezca la Ley 100 de 1993 (artículo 206).

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLA
Claudia Hernández
CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Rodrigo Bernal / JFC - GCJ- 2012-206-012332-2 y 2012-206-013286-2

