



Función Pública

Concepto 537801 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000537801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000537801

Fecha: 03/11/2020 05:21:50 p.m.

Bogotá D.C.

REF: VARIOS. Necesidad del servicio. RAD. 20209000450832 del 14 de septiembre de 2020.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta:

"1. que se debe entender por necesidad del servicio.

2. En dichos actos administrativos, que valga señalar, debe ser motivados, es suficiente la simple mención del motivo necesidad del servicio para tomar determinada decisión (rayando con la discrecionalidad), o la misma debe ser expuesta clara y abiertamente, con los soportes y sustento suficiente. Cuál sería la consecuencia de no hacerse en debida forma.

3. Cuál es el fundamento legal que permite que la administración de personal en una entidad pública, pueda realizarse por la referida necesidad del servicio

4. Que mecanismos tiene un empleado público (sin importar su vinculación), para la protección de sus intereses personales y familiares, cuando se considera afectado por una decisión tomada en administración de personal en la entidad pública a la que pertenece."

Al respecto, me permito informar lo siguiente:

Inicialmente, debe señalarse que de su consulta no se vislumbran todos los elementos requeridos para proceder con la misma de manera particular, ya que no anuncia bajo que circunstancia o situación es argumentada la necesidad de servicio en el caso objeto de estudio, ni con qué fin.

Adicionalmente, es preciso anotar que acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, a este Departamento Administrativo le compete

formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

En consecuencia, no es órgano de asesoría en materia judicial, ni le corresponde pronunciarse sobre las actuaciones administrativas surtidas por otras entidades o determinar validez y efectos de los actos administrativos, toda vez que, son las mismas entidades las facultadas para adoptar las decisiones que correspondan en cada caso particular y en su defecto, serán los jueces de la República quienes tienen la facultad para determinar la legalidad de las actuaciones de la administración.

Así las cosas, solo es procedente efectuar algunas precisiones generales sobre la materia consultada.

Al respecto, es necesario precisar que no existe una disposición en la Constitución o la Ley que permita acoger el concepto de necesidad de servicio bajo una sola definición, pues varía dependiendo de la situación administrativa o actuación a efectuarse, las entidades involucradas, los sujetos a quienes se aplica, y un sinnúmero de situaciones particulares que la administración debe observar y verificar para su proceder.

Por tal razón, su determinación y limitación ha estado radicada principalmente en los órganos judiciales quienes en desarrollo de su ejercicio y a partir del conocimiento de casos concreto han venido concretizando los mínimos a considerarse al momento de aducirse la necesidad del servicio por parte las entidades del Estado.

Tal es el caso de lo determinado por la Corte Constitucional, mediante sentencia T-528 del 2017, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, en la cual se consideró lo siguiente:

“(…)

4.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en reiteradas providencias, el ius variandi es una potestad radicada en cabeza del empleador público o privado, que se concreta en la facultad de alterar las condiciones del trabajador en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo, respetando los derechos mínimos del mismo.

El margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para el ejercicio del ius variandi aumenta o disminuye dependiendo de la naturaleza de la actividad desarrollada. Así, cuando se trata de un trabajador que hace parte de entidades del sector público, donde la planta de personal es global y flexible, esta Corporación ha señalado que dicho margen es más amplio por la necesidad de cumplir los fines esenciales del Estado.

4.2. Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, nos encontramos frente a funcionarios (etnoeducador y Funcionario de la Fiscalía General de la Nación) que integran plantas de personal global y flexible, por lo que la autoridad nominadora dispone de un amplio margen de discrecionalidad para variar las condiciones de trabajo de sus funcionarios.

En relación con los docentes, el ius variandi se materializa en la posibilidad que tiene la autoridad nominadora de cambiar la sede en que estos prestan sus servicios, con el fin de garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio público de educación. Por su parte, debido a que las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación deben ser ejercidas en todo el territorio nacional, el Fiscal General de la Nación puede trasladar a sus funcionarios a diferentes cargos y determinar sus funciones, de acuerdo con la necesidad del servicio.

4.3. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la facultad discrecional de trasladar a los trabajadores que hacen parte de entidades con planta global y flexible no es absoluta pues “como toda atribución discrecional, exige una orientación razonable y un ejercicio ajustado a los fines que persigue”. Tales límites se encuentran fundamentados, a su vez, en los artículos 25 y 53 de la Constitución,

y pretenden garantizar los derechos fundamentales del trabajador y de su núcleo familiar.

4.4. Como se expondrá a continuación, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente en la cual se han establecido unas “reglas claras y limitantes a la facultad subordinante, con las que de cierta manera, se busca blindar al trabajador ante posibles actuaciones arbitrarias por parte de su empleador”

4.4.1. Así, en la Sentencia T-909 de 2004 la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una docente que estimó vulnerados los derechos fundamentales propios y de su familia, al ser trasladada a un municipio alejado de la residencia de su familia. En esta ocasión, la peticionaria manifestó que requería estar cerca de su esposo discapacitado, quien necesitaba frecuentemente atención médica especializada, y de su hija menor cuyo cuidado no podía compartirse con el padre por sus condiciones de salud.

En dicha providencia, se afirmó que es el juez administrativo el competente para conocer las demandas relativas a la legalidad del acto de traslado, “(n)o obstante, la jurisprudencia de esta corporación ha aceptado la procedencia de la acción de tutela en circunstancias especiales y que demandan con urgencia el amparo constitucional, a saber: (i) cuando el acto de traslado es intempestivo, arbitrario y atenta contra la unidad familiar; (ii) cuando con el mismo se coloca en grave riesgo la vida, la salud o la integridad personal del trabajador o algún miembro de familia; y (iii) cuando atenta contra el derecho de los niños a tener un familia”.

Con base en tales consideraciones, la Sala Primera de Revisión amparó los derechos fundamentales de la accionante y de su familia y ordenó su reubicación en una institución educativa en la ciudad de Manizales.

4.4.2. En Sentencia T-664 de 2011, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta por la señora Clara Nelly Córdoba Ramos en contra de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, tras considerar que al ser trasladada a un municipio diferente del que vivían sus 4 hijos, argumentando necesidad del servicio, se afectaba su entorno y unidad familiar, ya que con las nuevas condiciones laborales no podía atender y cuidar a los menores, especialmente uno de ellos que se encontraba en situación de discapacidad al tener “parálisis cerebral espástica” permanente.

En dicha ocasión, la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas tanto de la accionante como de su núcleo familiar, y reiteró que “la potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no puede ser arbitraria sino que se encuentra limitada, de una parte por elementos objetivos que responden a necesidades reales en el servicio de educación, y por otra por elementos particulares que atienden a las necesidades personales del docente y/o su núcleo familiar”.

(...)

4.5. De la jurisprudencia reseñada, la Sala Octava de Revisión concluye que la potestad discrecional de la autoridad nominadora para ordenar traslados se encuentra limitada, pues esta debe responder a una necesidad real y objetiva del servicio, y a su vez debe consultar la situación particular del empleado y de su núcleo familiar. Y, que la misma no afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del actor y su grupo familiar.

(...)

7.1.2. Del precedente jurisprudencial citado en el acápite 3º de las consideraciones de esta providencia, se concluyó que la acción de tutela procede para revocar una orden fundada en el ejercicio del *ius variandi* siempre y cuando el traslado o la negativa del mismo sea arbitrario, en tanto: (i) no obedece a criterios objetivos de necesidad del servicio, (ii) no consulte situaciones subjetivas del trabajador, o (iii) implica una clara desmejora en las condiciones de trabajo; y con tal decisión se afecte de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar.”

En otra oportunidad mediante sentencia T-048 de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional argumentó lo siguiente:

“El ius variandi, tal como lo ha venido interpretando la Corte Constitucional, es una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la variación que se hace sobre las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, tales como el lugar, el tiempo y el modo de trabajo.

En las entidades estatales colombianas, pueden existir plantas de origen global y flexible, que facilitan la movilidad de los empleados en aras de garantizar los fines del Estado y optimizar la prestación del servicio. Esta Corporación ha indicado que ese tipo de organización, confiere un mayor grado de discrecionalidad para ordenar la reubicación territorial de sus trabajadores, cuando así lo demande la necesidad del servicio, actuación que en principio no vulnera preceptos constitucionales.

Al respecto, la Corte ha considerado de la adopción de las plantas de personal global y flexible al interior de algunas entidades colombianas, no afectan por sí mismas el derecho al trabajo, sino que suponen la armonía que debe existir entre las necesidades del servicio público y el interés general. En tal aspecto, cabe recordar la sentencia T-715 de 1996, en la cual esta Corporación revisó el caso de una empleada de la Aeronáutica Civil que fue trasladada de la ciudad de Ibagué a la ciudad de Girardot; oportunidad en la cual, analizado el asunto, manifestó lo siguiente:

“Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración.”

Tiempo después, en la sentencia T-1498 de 2000 la Corte estudió el caso de un empleado de la Fiscalía General de la Nación, que se desempeñaba como Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito Judicial de Armenia, y fue trasladado para ejercer el mismo cargo a la ciudad de Riohacha. En esa ocasión, el actor consideró que la orden de traslado fue arbitraria por cuanto no obedeció a necesidades del servicio e implicó el desmejoramiento de sus condiciones económicas y familiares, afectando de paso, su derecho fundamental a la unidad familiar. En este fallo, la Corte Constitucional, confirmó la decisión de los jueces de tutela que habían negado el amparo, pues consideró que:

“El empleador, ya sea privado o público, tiene, en principio, la atribución de ordenar el traslado de sus trabajadores cuando las necesidades del servicio así lo requieran, siempre y cuando con ello no se desmejoren las condiciones del empleado. De igual manera, la Corte ha señalado que en el sector público existen ciertas entidades que en razón de las funciones que les corresponde cumplir, necesitan una planta de personal global y flexible y, por lo tanto, requieren de un mayor grado de discrecionalidad en materia de traslados. Dentro de este grupo de entidades se encuentra la Fiscalía General de la Nación, la cual en ejercicio de la mencionada facultad discrecional, puede determinar la reubicación territorial de sus funcionarios y empleados, con el fin de mejorar la prestación del servicio y, como se expresó, sin que el ejercicio de dicha facultad pueda implicar una desmejora de las condiciones laborales.”

3.4.2. Continuando con las características y alcance del ius variandi, esta Corporación también ha sostenido que el carácter discrecional de dicha figura aplicable en el ámbito del derecho laboral, no la convierte en absoluta, por cuanto tal potestad está limitada constitucionalmente, posición que ha sido reiterada en varias oportunidades a nivel jurisprudencial.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-355 de 2000, la Corte Constitucional indicó que la facultad patronal de modificar las condiciones laborales no es absoluta, por cuanto puede ser quebrantadora de los derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria y no se justifican los motivos por los cuales es necesario el traslado.

3.4.3. Igualmente, el ius variandi debe ejercerse considerando: i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado. Así, el ejercicio del ius variandi implica que en cada caso el empleador observe los parámetros señalados, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador.”

Por consiguiente, las variaciones en las condiciones laborales del empleado por necesidades del servicio deben obedecer, en primer lugar, a criterios objetivos, reales de necesidad del servicio determinado, en busca del intereses general; en segundo lugar, requiere consultar las situaciones específicas del trabajador, tal como su condición de salud, su situación familiar, el lugar y el tiempo de trabajo, las condiciones salariales, entre otras; y por último no puede conllevar a una clara desmejora en las condiciones de trabajo y mucho menos afectar los derechos de sus trabajadores.

En tal sentido, es necesario que en cada caso particular, se verifiquen los parámetros señalados en precedencia, para que la administración pueda tomar una decisión adecuada y coherente, sin vulnerar los derechos de sus empleados, atendiendo se anunció inicialmente, a la particular situación que se origina en la necesidad del servicio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. T-615 de 1992.
3. ARTÍCULO 25. “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

4. ARTÍCULO 53. "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

5. Sentencia T-682 de 2014.

6. En esta oportunidad, la Corte consideró que el traslado de la accionante por fuera de la ciudad de Manizales atenta contra su núcleo familiar, pues, al estar imposibilitado el padre para atender a la menor debido a su discapacidad, la responsabilidad por sus cuidados se radica exclusivamente en la madre, quien, en razón de la lejanía del sitio de trabajo, no podría prodigarle a la menor la atención requerida, ni tampoco compartir el tiempo necesario con ella para velar que su desarrollo educativo y social sea el apropiado.

7. Sentencia T-797 de 2005 MP. Jaime Araujo Rentería.

8. Ver, entre otras, las Sentencias: Ibídem T-483 del 27 de octubre de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Ibídem T-503 del 13 de julio de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz, T-1156 del 18 de noviembre de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-797 del 03 de agosto de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:03:09