



Concepto 235051 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000235051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000235051

Fecha: 13/06/2023 04:16:18 p.m.

Bogotá D.C.

REF: REF: MOVIMIENTOS DE PERSONAL. Traslado o permuta. RETIRO DEL SERVICIO - INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. Recursos proceden contra el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción. RAD. 20232060277032 del 10 de mayo de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita «(...) capacitación virtual a la Defensa Civil Colombiana, dirigida a 10 y/o 15 servidores públicos de las dependencias de Gestión del Talento Humano y Oficina Asesora Jurídica sobre los siguientes temas.

Indebido traslado de funcionarios publico

ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario de libre nombramiento y remoción.»

Frente a los temas relacionados, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, con relación al traslado de los empleados públicos, el Decreto 1083 de 2015² establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta. - Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con 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 para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este decreto.

El traslado o permuta procede entre organismos del orden nacional y territorial.”

ARTÍCULO 2.2.5.4.3 Reglas generales del traslado. El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

ARTÍCULO 2.2.5.4.5 Derechos del empleado trasladado. El empleado público de carrera administrativa trasladado conserva los derechos derivados de ella y la antigüedad en el servicio.

Cuando el traslado implique cambio de sede, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado, es decir, tendrá derecho al reconocimiento de pasajes para él y su cónyuge o compañero (a) permanente, y sus parientes hasta en el primer grado de consanguinidad, así como también los gastos de transporte de sus muebles.» (Destacado nuestro)

De acuerdo con la norma transcrita, para dar aplicación a la figura del traslado debe existir un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, con igual asignación salarial y para el cual se exijan requisitos mínimos similares; así mismo, debe obedecer a necesidades del servicio o por solicitud del empleado, en este último evento, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio ni afecte la función pública.

Para atender los anteriores presupuestos, se considera pertinente que las entidades revisen las funciones generales contenidas en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, las cuales deberán guardar armonía con las funciones generales dispuestas en el capítulo 2 del título 2 del Decreto 1083 de 2015; al estudiar la solicitud de traslado o permuta de empleados, la administración deberá revisar que las funciones de los respectivos empleos sean afines o que se complementen.

Respecto de las funciones afines o similares, el Consejo de Estado³ se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) Es válido que la administración establezca el perfil que se requiere cumplir para que se pueda acceder a determinado cargo o empleo público. Uno de esos requisitos puede ser el de acreditar que el aspirante ha tenido en el pasado otros empleos o cargos o actividades que guarden cierta similitud con las funciones que debería desempeñar en caso de que fuera nombrado en el cargo para el cual se ha presentado. Empero, no se trata de que deba demostrarse que ha cumplido exactamente las mismas funciones, pues ello implicaría que la única manera de acreditar experiencia relacionada, sería con el desempeño del mismo cargo al que se aspira, lo que resulta a todas luces ilógico y desproporcionado. Pero sí se debe probar que existe una experiencia en cargos o actividades en los que se desempeñaron funciones similares”. (subraya fuera de texto)

En síntesis, al momento de evaluar si las funciones de un cargo son similares a otro, el jefe de la unidad de talento humano, o quien haga sus veces, debe analizar la complejidad y el contenido temático de tales funciones, es decir, que éstas sean semejantes o complementarias, que haya un hilo conductor entre ellas, y el área de desempeño en que se desarrolla cada empleo.

De acuerdo con lo anterior, se precisa que para determinar si un empleo tiene asignadas funciones afines, similares o complementarias a otro

empleo del mismo nivel, se hace necesario revisar la clasificación contenida en el artículo 3 del Decreto 785 de 2005⁴; así como las comprendidas en el artículo 4 del mismo decreto y en el manual específico de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad, respecto de cada empleo.

Por su parte, el Consejo de Estado, mediante concepto No.1047 del 13 de noviembre de 1997, donde 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.» (subrayas fuera del texto).

De conformidad con la norma y jurisprudencias en cita, se establece que, para efectuar permutas de empleados públicos, ya sea dentro de la misma entidad o de una institución a otra (Interinstitucionales), se deben cumplir las siguientes condiciones:

- a) Que los dos empleos tengan funciones y requisitos similares entre sí.
- b) Que la permuta no implique condiciones menos favorables para los empleados; entre ellas, que la remuneración sea igual; así mismo se conservan los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio.
- c) Ambos cargos deben tener la misma naturaleza.
- d) Que las necesidades del servicio lo permitan.
- e) Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

Se debe precisar que, a la luz de las normas citadas, se infiere que el traslado debe ser “horizontal” como quiera que consiste en una forma de proveer un empleo con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares, es decir, que no implica un ascenso ni descenso.

Ahora bien, mediante sentencia del 22 de octubre de 2018⁵, la Sección Segunda y Subsección “B” del Consejo de Estado con Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sobre la competencia para realizar traslado de los empleados, dispuso:

«El traslado de funcionarios por parte del empleador, según la Corte Constitucional, constituye una manifestación del poder subordinante llamado «ius variandi», el cual «se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo.» El margen de discrecionalidad que tiene la Fiscalía General de la Nación para disponer el traslado del personal a su cargo, precisamente por tratarse de una entidad con una planta de personal global y flexible, que requiere de la disponibilidad de trasladar y distribuir a sus empleados en cualquier lugar del país, con miras a una adecuada prestación del servicio. A su vez, la providencia en cita muestra que el empleador, inclusive al tratarse de este tipo de planta de personal, debe respetar los derechos mínimos del trabajador. El ejercicio del «ius variandi» para ordenar traslados, así sea en plantas de personal globales y flexibles, como lo es el caso de la Fiscalía General de la Nación, no es una facultad absoluta. Ello, por cuanto de un lado, el traslado debe fundarse en la necesidad del servicio, y por otro, tal determinación tiene que considerar elementos particulares del trabajador y las posibles afectaciones que puedan causársele a él o a su núcleo familiar. De otro lado, esta Sala advierte que si bien tiene razón a parte recurrente al afirmar que por tratarse de

una planta global y flexible puede ordenar los traslados que considere necesarios para la debida prestación del servicio, ello no la libra del deber de estudiar los factores subjetivos que rodeaban a la funcionaria trasladada, máxime cuando se evidencia que conocía su situación familiar antes de ordenar su reubicación geográfica. En tal medida, el sustentar el traslado de una funcionaria en la buena marcha del servicio, conlleva necesariamente que se indiquen de forma expresa las razones a las que obedece. De este modo, el estudio adelantado en esta providencia muestra que el traslado, en los términos ordenados y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la demandante, no garantiza realmente sus derechos y los de su familia.» (Destacado nuestro)

Según lo anterior, corresponde al empleador realizar el traslado de sus empleados el cual debe fundarse en necesidades del servicio para la debida prestación de las funciones a cargo de la entidad. Para la corte constitucional, el traslado constituye una manifestación del poder subordinante llamado «ius variandi», el cual «se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que siempre que se cumplan con las condiciones arribas descritas, es viable que las entidades u organismos públicos consideren la autorización del traslado o la permuta de un empleado público.

Así mismo se indica que, las normas que regulan la materia no otorgan algún tipo de privilegio para los empleados que ostentan derechos de carrera administrativa, diferente a que una vez trasladado conserva los derechos derivados de ella y la antigüedad en el servicio, en consecuencia, en el evento de contar con una vacante definitiva en la planta de personal, le corresponde a la administración estudiar las solicitudes de traslados y autorizar el mismo siempre que se cumplan con los requisitos y condiciones descritas en el presente concepto.

Es importante precisar que el traslado se confunde con otro movimiento de personal permitido como es, la reubicación⁶ situación en la que el empleado continúa vinculado al mismo cargo, percibiendo la remuneración y prestaciones sociales inherentes al mismo, y desempeñando en términos generales las mismas funciones.

Ahora bien, frente a la ilegalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de funcionario de libre nombramiento y remoción, es importante reiterar que este Departamento no tiene dentro de sus competencias conceptuar sobre la legalidad o ilegalidad de las actuaciones de la Administración o de sus servidores. Dicha facultad recae en los Jueces de la República, quienes están investidos de la potestad de declarar derechos y hacer juicios de legalidad.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

Con respecto a la clasificación de los empleos públicos, tenemos que la Constitución Política de Colombia dispuso:

«ARTICULO 125. 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.

(...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.» (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley.

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004⁷, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

«ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

PARÁGRAFO 2. 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.»

(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002- 00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio Cáceres Toro, afirmó:

«La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

«En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que, por tal razón, se desmejoró el servicio.» (Subrayado fuera de

texto)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que, sobre la posibilidad de interponer recursos contra un acto administrativo que declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción, me permito indicarle que la Ley 1437 de 2011⁸, dispone:

«ARTÍCULO 75. *Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.*»

Sobre el particular, El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección cuarta, Radicación número: 68001233300020130029601(20212) veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013), con relación a actos administrativos de ejecución ha expresado:

«... Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que “los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).»

Por lo anterior, frente a los actos administrativos de terminación o declaratoria de insubsistencia de un empleado público de libre nombramiento y remoción le informo que por ser actos administrativos de ejecución (son actos definitivos), contra estos no proceden los recursos de Ley establecidos en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; de manera que, en caso de pretender controvertir dichos actos, deberá acudir a las autoridades judiciales correspondientes.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C.P. Susana Buitrago Valencia. 6 de mayo de 2010. Radicación número: 52001-23- 31-000-2010-00021-01(AC

⁴ por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

⁵ Radicación número: 73001-23-33-004-2016-00546-01(0705-18) / Actor: ROSA ELVIRA CESPEDES BOLIVAR / Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

⁶ Artículo 2.2.5.4.6 del Decreto 1083 de 2015

⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:06:59