



* 2 0 2 1 6 0 0 1 7 0 7 9 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000170791

Fecha: 14/05/2021 02:30:13 p.m.

Bogotá D.C.

Señora
YISELLYS MENDOZA HERNANDEZ
Presidente SINSERPALSA
Correo electrónico: sinserpalsa@gmail.com

Referencia: MOVIMIENTOS DE PERSONAL. Traslado. Reubicación. **FUERO SINDICAL.** Levantamiento. **Radicado: 20219000197562 del 19 de abril de 2021.**

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sean resueltas las siguientes preguntas:

1. *“¿Tiene validez un acto administrativo emitido por un alcalde si este en contrario a Constitución Política y la Ley? Caso concreto: Reubicación o traslado, en planta global, cuando el trabajador es directivo sindical y por lo tanto tiene Fuero Sindical. Artículo. 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.*
2. *¿En caso de que este acto administrativo emitido por un alcalde sea contrario a la Ley y la Constitución política; que delitos estaría cometiendo el Alcalde que lo firma y las personas que Projectaron, Revisaron y Aprobaron dicho acto?*
3. *¿Qué sucede si un alcalde no responde ante la solicitud de revocatoria directa de un acto administrativo en los términos descritos por la Ley? Art. 95 de la ley 1437 de 2011.*
4. *¿Es legal quitarle las funciones a un trabajador de planta, con 25 años ininterrumpidos de servicio, carrera administrativa, con Fuero Sindical, con más de 12 años en el manejo*

de la página Web Institucional, ejerciendo el cargo con profesionalismo y sentido de pertenencia, el cual nunca ha tenido el más mínimo llamado de atención; para entregárselo a una persona vinculada recientemente por orden de prestación de servicios OPS?». (Copiado del original)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La planta de personal global consiste en la relación detallada de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones de una entidad. En ella, cada empleo de la entidad le pertenece, es decir, la misma no identifica su ubicación en alguna dependencia en particular. Por tanto, la distribución de cargos como la ubicación del personal le compete al jefe del organismo según las necesidades del servicio.

Los artículos 2.2.5.4.1 y siguientes del Decreto 1083 de 2015¹ definen el traslado -permuta- y a la reubicación como un movimiento de personal. Con el propósito de proveer cargos en vacancia definitiva con empleados en servicio activo. Cuando se trata de traslado, el empleado debe posesionarse nuevamente, quedando desligado del empleo que venía desempeñando. Por el contrario, cuando ocurre la reubicación; el empleado continúa vinculado al mismo cargo, desempeñando prácticamente las mismas funciones, pero en dependencia diferente. En consecuencia, la Administración tiene la competencia para trasladar o reubicar el cargo donde lo requiera; siempre que sea del mismo nivel jerárquico del empleo que venía desempeñando, lo contrario desnaturalizaría el empleo.

Ahora bien, respecto a la viabilidad de efectuar movimientos de personal a empleados sindicalizados se precisa lo siguiente:

El artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, regula el fuero sindical como la garantía que tienen algunos trabajadores para no ser despedidos, desmejorados o trasladados, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 define el fuero circunstancial como la garantía para no ser despedidos sin justa causa comprobada contado desde la fecha de presentación del pliego y hasta la terminación de las etapas del conflicto.

En consecuencia, la autorización, por parte del juez de trabajo, previa para proceder a trasladar a un empleado público aplica para aquellos quienes se encuentren cobijados por el

¹ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

fuego sindical en cumplimiento de los derechos de asociación y libertad sindical. Sin embargo, cuando el empleado goza de la garantía de fuero circunstancial la norma sólo los protege en el sentido de evitar que sean despedidos sin justa causa comprobada por el término que dure dicha situación.

Ahora bien, con relación a la revocatoria a de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011, «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», establece:

Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

(...)

Los actos sujetos de revocatoria del artículo 93 son aquellos de carácter general; en otras palabras, se dirigen hacia sujetos indeterminados. Por el contrario, cuando el acto es particular es decir, menciona a determinada persona, la revocatoria tendrá en cuenta las disposiciones del artículo 97, así:

ARTÍCULO 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Entonces, la revocatoria de actos de carácter general con los de tipo particular difiere en que, en estos últimos, al sujeto determinado, le corresponde manifestar su consentimiento previo, expreso y escrito previo a la revocatoria de dicho acto.

De otra parte, respecto a los contratos por orden de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, «por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sobre contratos de prestación de servicios», establece:

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.

A su vez, el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.4.4., señala:

Artículo 2.2.1.2.1.4.9. 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.

Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe 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 Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009 abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, es contraria a los artículos 2, 25 y 53 de la Constitución, así:

[...] esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

Conforme a la normativa anterior, 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.

Igualmente, la Sentencia C-171 de 2012 la Corte reitera que no es procedente la designación de personal en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores asociados, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing para el desempeño de funciones permanentes de la administración pública.

No obstante, la Corte recalca su posición tendiente a prohibir que para funciones permanentes de la administración se sigan suscribiendo contratos de prestación de servicios y condiciona la potestad de suscribirlos, en el sentido que solo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, es importante manifestarle que de conformidad con el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo en sus conceptos realiza la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación. Sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas. En este entendido, omitiremos efectuar pronunciamiento con relación a las actuaciones, procedimientos o delitos contra el alcalde a consecuencia de una decisión de carácter interno; por cuanto, dicha competencia se les atribuye única y exclusivamente a los órganos de control. Por ende, procedemos a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon encaminándolas a la interpretación normativa previamente descrita:

1. Frente a los interrogantes planteados en los numerales 1 y 2, se concluye que para proceder a reubicar o trasladar a un empleado que goza de la garantía de fuero sindical, la administración, previo a tomar tal decisión, debe obtener permiso por parte del juez de trabajo.
2. Con respecto a su interrogante 3, la revocatoria de actos de contenido particular como sucede con aquellos referentes a traslado o reubicación tiene en cuenta el artículo 97 de

la Ley 1437 de 2011; es decir, para revocarlo la administración debe exigir consentimiento previo, expreso y escrito por el titular de dicho acto. Si no hay consenso entre las partes procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

3. Finalmente, en respuesta al numeral 5 se precisa que la contratación por orden de prestación de servicios procede cuando la entidad requiera de conocimientos especializados para el desarrollo de determinada actividad o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente. Sin embargo, este tipo de contrato no podrá ser utilizado para realizar actividades de carácter permanente por cuanto, su ejercicio sólo procede cuando se trata de actividades transitorias o temporales

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,



ARMANDO LOPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón
Revisó: Armando López Cortés
Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4