

Bogotá D. C., 9 de Mayo de 2012

Of. 19446.

Rad: 03-09-2012-23146

Señor
JOSE ARMANDO NIÑO RIVERA
Conductor Alcaldía Santa Rosa De Viterbo
E-mail: armando140763@hotmail.com

Ref.: Modificaciones a planta de empleos y funciones asignadas al empleo del cual es titular.

Respetado señor Niño,

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política Nacional y las facultades reglamentadas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, doy respuesta a su derecho de petición en los siguientes términos:

1. Consideraciones previas.

De conformidad con el artículo 40 del decreto 1227 de 2005, *"El empleado que se encuentre en período de prueba tiene derecho a permanecer en el cargo por el término de este, a menos que incurra en falta disciplinaria o causa legal que ocasione su retiro. Durante este período no se le podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso."*

Una vez superado el período de prueba el nominador puede modificar las condiciones laborales de los empleados, amparado en las necesidades del servicio, potestad conocida como el *ius variandi*, la cual no es absoluta y obedece al cumplimiento de ciertos principios. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997, expresó:

"El concepto de necesidad del servicio es un límite al poder discrecional de la administración (...)

En primer lugar, los servidores públicos son las personas de las cuales el estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas, para la búsqueda de los objetivos públicos por lo cual la relación de trabajo al interior de la administración pública comporta un contenido de interés general (C.P. Inc 2, art. 123), pues el cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas que plasman el interés de una colectividad organizada. (...)

La vinculación en puestos de carrera administrativa o en plazas de libre nombramiento y remoción justifica una variación sustancial del contenido y alcance del principio a la estabilidad del cargo público. Así, por su propia naturaleza los cargos de libre nombramiento y remoción gozan de una precaria estabilidad pues el ordenamiento deja un margen más amplio de discrecionalidad al nominador, toda vez que aspectos tales como la confianza y la credibilidad que recaen sobre el trabajador puedan determinar la disponibilidad de cargo.

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

17

(...) Así mismo las condiciones de idoneidad técnica moral y subjetiva del personal al servicio del Estado son determinantes para el logro de los objetivos encomendados, puesto que a pesar de que la idoneidad se integra por valores y requisitos subjetivos el perfil del trabajador se coloca en mira del ejercicio de las funciones estatales y del diseño de políticas estructurales como condición vital para la existencia y continuación de la administración pública. **Es por ello que la estabilidad en el empleo público no debe confundirse con la inamovilidad funcional y geográfica del cargo**, puesto que si bien, en principio, la regla general es la permanencia en la labor encomendada, **el ejercicio de la discrecionalidad organizativa de la administración permite que se evalúe el equilibrio entre las necesidades de la organización y los derechos de su personal con base en límites que determinan su legalidad.**

De esa manera la administración, en ejercicio de potestad de mutabilidad de los términos de la relación laboral o contractual configurada **puede dentro de un margen de discrecionalidad administrativa, introducir las modificaciones que sean necesarias y convenientes para el logro más eficiente de las necesidades colectivas asignadas** (...) la potestad discrecional no es absoluta en la medida que se encamina a cumplir los principios de la función pública y a desarrollar los fines del Estado por lo cual **la decisión debe ejecutarse en función de las circunstancias teleológicas y materiales establecidas en la norma que la autoriza**" (16). Así, la potestad organizativa de la administración es amplia, pero está limitada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad y en particular por los derechos que la Constitución y la ley reconocen a los funcionarios (...) **se requiere que el traslado sea consecuencia de la necesidad del servicio que implica una libertad más o menos amplia de apreciación del interés público**, pues si bien el legislador atribuye al nominador la facultad de valoración de un supuesto dado también le **exige que la decisión obedezca a razones ecuanímes, imparciales y honestas que la fundamentan.** En otros términos, **la necesidad del servicio es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la evaluación de las metas que se propone el Estado como en la razonabilidad la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado** (C.C.A. art. 36). (...) (Subrayas fuera del texto).

Así las cosas, es claro que la administración, luego de que el empleado ha superado el período de prueba, se encuentra habilitada para modificar las condiciones laborales del empleado. No obstante la misma no es una facultad absoluta, pues encuentra limitaciones en los derechos de los empleados, entre los cuales se resaltan el derecho de no ser desmejorado en las condiciones laborales.

Particularmente, en el caso de los empleados titulares de derechos de carrera, la ley concede la posibilidad de reclamar cuando las decisiones del nominador (traslados, modificación de funciones, etc.) le causan un desmejoramiento de sus condiciones laborales. Dicha reclamación se podrá presentar en primera instancia ante la Comisión de Personal de la entidad para la cual labora, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto lesivo, atendiendo los términos y condiciones establecidas en los artículos 4 y 5 del Decreto 760 de 2005. Si decidida la primera instancia, el empleado se siente inconforme con la determinación tomada por la Comisión de Personal, podrá acudir en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, atendiendo para ello, lo dispuesto en el Capítulo III del Título II del Acuerdo 140 de 2010.

Por otra parte, y en relación con la modificación de las plantas de empleos, debe tenerse en cuenta que esta es una facultad que, conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional, se debe ejercer en atención a la necesidad del servicio, pues las plantas de empleos no son conceptos inamovibles sino dinámicos. Al respecto, en Sentencia T-700 de 22 de agosto 2006 señaló: "...la estructura, funciones y planta de personal de las entidades públicas no constituyen elementos inmodificables. "Las necesidades del servicio, los nuevos retos a los que se enfrentan las entidades públicas, la superación de ciertos problemas, los factores económicos, son, entre muchas, razones por las cuales en algunas ocasiones resulta necesario proceder a reestructurar entidades públicas"¹

No obstante, la Corte Constitucional también ha señalado,² que dicho proceso no puede realizarse de manera arbitraria, sino que a las autoridades les asiste el deber de respetar y proteger los derechos de los trabajadores. Así, en Sentencia C-209 de 1997 con ponencia de Hernando Herrera Vergara, el alto Tribunal, señaló:

"Como se ha establecido por esta Corporación, el señalamiento de las políticas administrativas o económicas del Estado desarrollan el ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando, con las mismas se protejan los bienes y derechos consagrados en la Carta Política y garanticen la igualdad de oportunidades de los ciudadanos, la libertad de empresa y el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, de los mismos, que forman parte del orden público constitucional.

En desarrollo de dichas políticas el proceso de modernización del Estado colombiano persigue mejorar la eficiencia de las actividades adelantadas por los entes públicos en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (C.P., art.2o.). Dichos procesos, en su mayoría, han sido analizados por esta Corporación, la cual desde el punto de vista de la incidencia de los mismos en las condiciones laborales de los trabajadores, ha señalado que reflejan los principios y valores constitucionales en cuanto aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y las garantías y derechos adquiridos por los trabajadores.

Es así como, el Estado, para cumplir con sus fines, debe reajustar la estructura orgánica y funcional que le sirve de medio para obtenerlos. Por lo tanto, en lo que respecta a la administración pública, resulta razonable que se produzca la correspondiente valoración del desempeño de las entidades que la conforman, a fin de evaluar su misión, estructura, funciones, resultados, etc, y adecuarlas a los objetivos demarcados constitucionalmente. Lo anterior se confirma con el carácter instrumental que tiene aquella frente a las políticas de gobierno, en lo relacionado con la ordenación y racionalización de la prestación de las funciones de responsabilidad del Ejecutivo, dentro de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

En concordancia con lo anterior, la Corte ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la estructura de la administración pública no es intangible sino que puede reformarse incluyendo una readecuación de la planta física y de personal de la misma. La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos (C.P., arts. 53 y 58).

¹Ref: expediente T-1313803.

² Ver entre otras las sentencias T- 321 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en la Sentencia T-512 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

3/19/03

Cabe precisar, que la Ley 909 de 2004 determinó que el derecho preferencial que tiene el empleado de carrera a ser incorporado en cargos equivalentes de la nueva planta de personal, se da con anterioridad a la comunicación de la supresión, es decir, que sólo después de que se verifique la inexistencia de cargos equivalentes vacantes se comunicará de la supresión al servidor. En todo caso, a la entidad le corresponde determinar si es viable o no la incorporación directa del empleado en un cargo igual o equivalente de la nueva planta en la misma entidad.

Por su parte, el artículo 87 del Decreto 1227 de 2005, dispone *“Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporado o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto- ley que regula (...)”*

Para estos efectos, se entiende por empleo igual el que tiene el mismo nivel, la misma denominación, el mismo código, los mismos requisitos y funciones y el mismo grado salarial y, por empleo equivalente, aquel que cumple lo dispuesto en **el artículo 1º del Decreto 1746 del 1º de junio de 2006**, así: *“Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”.*

Ahora bien, el Decreto 760 de 2005, señala en su artículo 28, el procedimiento que debe seguirse con ocasión de la supresión de cargos de carrera administrativa, en los siguientes términos:

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

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

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

28.1. La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto

mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

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

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

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

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

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

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización. (...). (La negrita es agregada)

Igualmente, el artículo 29 del precitado Decreto indica que de no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella (la planta) fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido.

Por otra parte, el artículo 31 *Ibidem*, señala:

"La Comisión de Personal de la entidad en la que se suprimió el cargo conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación.

La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los, cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo.

La Comisión de Personal decidirá, una vez comprobados los hechos que dieron lugar a la reclamación, mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Si la decisión es que no procede, la incorporación, el ex empleado deberá manifestar por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ésta quede en firme, al jefe de la entidad su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente en el plazo que señala la ley o a percibir la indemnización.

Si el ex empleado hubiere optado por la reincorporación, el jefe de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, deberá poner dicha decisión en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que inicie la actuación administrativa tendiente a obtener la reincorporación del ex empleado en empleo igual o equivalente al suprimido, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto." (El resaltado es nuestro)



Concordante con dicha disposición los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, establecen entre otras funciones de la Comisión de Personal:

"(...)

d) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos;

e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos..."

De igual manera, el literal d) del artículo 12 de la misma ley, instaura en cabeza de esta Comisión la responsabilidad de "Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia"

2. Preguntas y respuestas:

- **Preguntas:** "El alcalde dentro de un acto administrativo y una reorganización administrativa que pasó como proyecto al concejo municipal para reasignar funciones a unos empleados dentro de ellos me encuentro yo ¿puede hacerlo?"

Mediante un decreto ¿también lo puede realizar? Bajo qué norma o ley lo ampara para realizar dichos cambios.

¿A qué debo someterme?

¿Qué debo firmar y que no?

¿O qué hago?

- **Respuesta:** La facultad de reforma de las plantas de personal y del manual de funciones de las entidades, recaen por regla general, en sus nominadores, quienes deben ejercerla conforme a las normas y procedimientos que rigen la materia.

En el caso particular de los alcaldes, la propia Constitución Nacional los autoriza para tomar determinaciones en relación con las plantas de empleos y el ejercicio y dirección de la administración territorial respectiva.

En efecto, el artículo 135 de la C.P.N., señala:

"Son atribuciones del alcalde:

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

267

1. *Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del Concejo.*
2. *Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.*
3. ***Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.***
4. ***Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.***
5. *Presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.*
6. *Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.*
7. ***Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.***
8. *Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.*
9. *Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.*
10. *Las demás que la Constitución y la ley le señalen."*

Ahora bien, como quiera que la voluntad de la administración se traduce en actos, hechos y operaciones administrativas, en el caso de las modificaciones de las plantas de empleos o del Manual de Funciones y Competencias Básicas, las cuales conllevan el ejercicio de funciones administrativas, se presentan dichas manifestaciones. Sin embargo, debe tener en cuenta que la forma y contenido de estas manifestaciones de la voluntad de la administración, así como la posición que adopten los empleados respecto a las mismas, constituye un asunto que, escapa a la competencia de esta entidad, pues la CNSC carece de facultades para intervenir en tales procesos.

Las competencias de la Comisión en relación con dicho tema, se limita al ejercicio de precisas facultades que el ordenamiento le ha encomendado, con el fin de salvaguardar los derechos y las normas de carrera, en virtud de lo cual esta entidad se encuentra autorizada para:

1. Resolver las reclamaciones que, en segunda instancia, se presenten por el derecho a incorporación o por el desmejoramiento de las condiciones laborales (Literal d), Art. 12 Ley 909 de 2004).

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

8/4/13

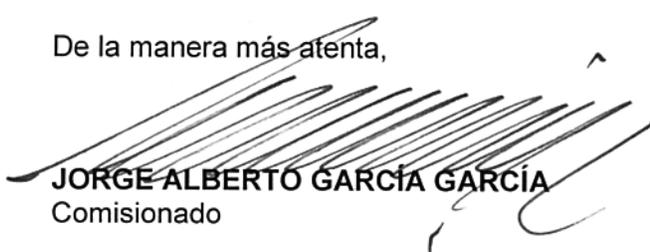
2. Tramitar las solicitudes de reincorporación, cuando ante la supresión de un empleo de carrera y la imposibilidad de incorporación, el titular así lo haya decidido (Art. 31 del Decreto 760 de 2005),
3. Adelantar las actuaciones administrativas de vigilancia por vulneración de las normas de carrera o las instrucciones impartidas por esta comisión (Parágrafo 2º, artículo 12 Ley 909 de 2004).

Finalmente y en relación con el ejercicio de las funciones asignadas al empleo del cual es titular, resulta esencial recordar que las funciones de un empleo serán de forzoso cumplimiento mientras exista subsista el vínculo laboral y éstas se encuentren vigentes en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales respectivo.

En todo caso, si considerase que las actuaciones de movilidad laboral, restricciones y/o modificaciones de funciones adelantadas por el nominador le causan un desmejoramiento de sus condiciones laborales de carrera, podrá acudir en reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal de su entidad y, en segunda instancia, ante la CNSC, atendiendo para ello las condiciones de oportunidad y forma dispuestas en el Decreto 760 de 2005 y en el Acuerdo 140 de 2010, expedido por esta Comisión. Lo anterior, sin perjuicio de solicitar las actuaciones de índole disciplinario a las que haya lugar.

En los términos antes expuestos doy respuesta a su solicitud, atendiendo lo dispuesto en el artículo 25 del C.C.A.

De la manera más atenta,


JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Comisionado

P: AECJ

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

9
/ 9