



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 04-11-2016 04:20:10

Al Contestar Cite Este Nr.:2016IE22522 O 1 Fol:5 Anex:0

ORIGEN: Sd:402 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALIN
DESTINO: SUBDIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO/CRUZ MARTÍNEZ OS
ASUNTO: ENCARGO DE PERSONAL AFORADO QUE OCUPA UN EMPLEO
OBS: PROYECTO/SUB JURIDICA

Bogotá, D. C.,

Doctor
OSCAR JAVIER CRUZ MARTÍNEZ
Subdirector del Talento Humano
Dirección de Gestión Corporativa
Secretaría Distrital de Hacienda

CONCEPTO

Referencia	2016IE19433
Tema	Encargo de personal aforado que ocupa un empleo transitorio
Descriptorios	Fuero sindical- planta de cargos en la Administración Pública- requisitos para encargos en cargos de carrera administrativa.
Problema jurídico	<i>¿Es viable encargar en empleos vacantes a funcionarios de carrera administrativa incorporados transitoriamente en la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda por encontrarse amparados por fuero sindical, pero que no hacen parte de los empleos de la planta de cargos aprobada para la Entidad?</i>
Fuentes formales	Ley 909 de 2004, artículos 21, 24 y 44

IDENTIFICACIÓN CONSULTA:

Mediante comunicación No.2016IE19433, el Subdirector del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda consulta lo siguiente:

“Respecto de los funcionarios (...), de carrera administrativa, incorporados transitoriamente en la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, cuyos procesos de levantamiento de fuero sindical iniciados por la gerente liquidadora del FONDATT, fueron desfavorables al FONDATT y esta Entidad ya se encuentra liquidada, se requiere saber si en su condición de funcionarios de carrera administrativa cuentan con el derecho a participar y acceder a encargos en los empleos vacantes en la planta de cargos de esta Secretaría, teniendo en cuenta que ellos ocupan un empleo de carácter transitorio que no hace parte de los empleos de la planta de cargos aprobada para la Entidad mediante Decreto Distrital 600 de 2014 la cual se implementó el 03 de noviembre de 2015?”



ANTECEDENTES

Se requiere concepto de esta Dirección sobre la viabilidad legal de encargar a dos servidores públicos de carrera administrativa que ostentan fuero sindical, los cuales venían del FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL- FONDATT, entidad que fue liquidada, razón por la cual dichos funcionarios fueron incorporados transitoriamente en la planta global de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, pero que no hacen parte de los empleos de planta definitiva de la entidad, por lo cual se consulta si pueden ser encargados en empleos vacantes de esta planta.

Teniendo en cuenta que se adelantaron los respectivos procesos ante la justicia ordinaria de levantamiento de fuero sindical, los cuales fueron adversos para la administración, nos remitimos al sentido de lo mismos y sus consecuencias jurídicas.

El Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral en sentencia de 7 de mayo de 2010, al resolver la apelación en uno de ellos determino:

“Debe señalar la sala, que de antaño, ha considerado que la supresión del cargo no es una justa causa para la terminación de la relación laboral, y por consiguiente no es posible acceder al levantamiento del fuero solicitado.

(...)

Es por esto que no basta sólo con acreditar la disolución de la entidad demandada por medio del decreto ya mencionado, sino que además es requisito sine qua nom que se demuestre la liquidación definitiva, pues claramente la ley la establece como justa causa para autorizar el despido y no el mero estado de disolución que es una etapa previa a la de la liquidación que exige el precepto.”

Así mismo en el otro proceso adelantado en contra del otro funcionario igualmente del FONDATT, el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial- Sala Laboral de 8 de agosto de 2011, indico:

“Aspecto que necesariamente denota una petición que no cumple con los requisitos legales establecidos mediante el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

(...) ARTÍCULO 410. JUSTAS CAUSAS DEL DESPIDO. Artículo modificado por el artículo 8º. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente: Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

a-) La liquidación o clausura definitiva de las empresas o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días, y



b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del trabajo para dar por terminado el contrato. (...)

Toda vez que el cargo desarrollado por el demandado no se encuentra suprimido y por ende no procede la causal alegada por el apoderado de la parte actora para realizar el levantamiento del fuero sindical del servidor público.

En ese orden de ideas, resulta de recibo resaltar lo dispuesto mediante el Decreto 591 de 2009 artículo 3 en cuanto dispone el traslado de unos cargos de la planta de personal del FONDAT a la planta del personal de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA ente las cuales se encuentra el demandante, es decir el cargo aún permanece sin suprimirse de la entidad.”

Así los hechos, los fallos determinaron en unos casos que la supresión de cargo no es justa causa para terminar la relación laboral, requiriendo que se demuestre la liquidación definitiva de la empresa, y en otro proceso igualmente se sostuvo que los cargos no se habían suprimido y que habían sido incorporados a la planta de personal de la Secretaría Distrital de Hacienda, mediante el Decreto por el cual se dispone el traslado de unos cargos de la planta del FONDAT a la planta de personal de la Secretaría Distrital de Hacienda, esto es, el Decreto 591 de 2009, razón por la cual no dieron la autorización para su retiro y por ende no levantaron el amparo de fuero sindical que los cobijaba.

INCORPORACIONES DE LOS FUNCIONARIOS CON FUERO SINDICAL DEL FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL “FONDATT” A LA PLANTA DE CARGOS DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA.

Ahora bien, mediante el Decreto Distrital 591 del 29 de diciembre 2009, “Por el cual se adoptan medidas administrativas para la terminación y entrega del proceso liquidatorio del Fondo de Educación y Seguridad Vial, Fondatt, En Liquidación y se dictan otras disposiciones” en su artículo 3°, aclarado por el artículo 2° del Decreto Distrital 033 de 2010 se dispuso:

“Trasládense los siguientes cargos del FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL FONDATT en LIQUIDACIÓN a la Secretaria Distrital de Hacienda, mientras cesa la situación especial de protección constitucional y legal que según ha informado el (la) Gerente (a) Liquidadora del FONDATT en Liquidación impide la efectividad de su retiro del servicio, así:

(...)

Parágrafo 1. La incorporación transitoria en el servicio público será ordenada por el Secretario Distrital de Hacienda, sin solución de continuidad, conforme a la identificación



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

particular que de las personas con especial protección constitucional y legal informe el (la) Gerente (a) Liquidadora del FONDATT En Liquidación.

De igual forma, corresponderá al citado servidor público establecer previamente las funciones para estos empleos.

Parágrafo 2. *Los cargos cuyo traslado se ha ordenado en el presente decreto quedarán suprimidos de manera automática en la medida en que vayan cesando las diferentes situaciones de protección especial que impidieron el retiro de los respectivos servidores. (...)*

Para dar cumplimiento a lo antes señalado, el Secretario Distrital de Hacienda expide la Resolución SDH-000484 del 30 de diciembre de 2009, en la que incorporo de manera transitoria a los funcionarios motivo de su consulta en la planta global de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, al estipular lo siguiente:

“Artículo 1º. Incorporar transitoriamente a partir del 31 de diciembre del 2009 en la planta global de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, a los funcionarios que se relacionan a continuación, quienes prestaban sus servicios en el Fondo de Educación y Seguridad Vial, Fondatt, de conformidad con la parte considerativa de la presente Resolución.(...)” (Subrayado fuera de texto.)

SUSTENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL:

La Corte Constitucional- Sala Segunda de Revisión, M.P. Mauricio González Cuervo, en sentencia T-220 de 20 de marzo de 2012, respecto a la garantía de fuero sindical señaló:

“4. La noción del fuero sindical
(...)”

4.3. La jurisprudencia de la Corte ha analizado en numerosas sentencias el alcance de la garantía foral. En este contexto, la sentencia C-381 de 2000 señaló lo siguiente.

4.4. *La garantía del fuero sindical protege igualmente a los empleados públicos a los cuales la Constitución reconoce el derecho de asociación sindical a excepción de los miembros de la fuerza pública. La sentencia C-593 de 1993 en la que se declaró la inexecutable del numeral 1º del artículo 409 del C.S.T. por desconocer el artículo 39 constitucional, expresó lo siguiente en relación con el fuero sindical de este tipo de trabajadores,*

“El Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlos del derecho al fuero sindical. Los empleados públicos tienen el derecho de constituir sus sindicatos sin intervención del Estado, de inscribir las correspondientes Actas de



Constitución que les otorgan reconocimiento jurídico y, en consecuencia, tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el Constituyente de 1991 reconoció: "el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión."

La sentencia SU-036 de 1999, señaló que desde la vigencia de la Constitución de 1991, tampoco los servidores públicos aforados serán despedidos sin autorización judicial previa. Si bien durante algún tiempo se reconoció que los despidos de empleados públicos cobijados por fuero sindical, exigían un acto de motivación expresa sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa, luego de la entrada en vigencia de la Ley 362 de 1997 derogada por la Ley 712 de 2002, es claro que también este tipo de empleados aforados no podrán ser despedidos sin autorización judicial previa, y que podrán hacer uso de la acción de reintegro cuando hayan sido despedidos sin la mencionada calificación,

"Así, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la declaración de inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo Trabajo, se entendía que un servidor público no podía ser despedido ni desmejoradas sus condiciones de trabajo ni trasladado, sin justa causa previamente calificada por el juez, pues es ésta la esencia del fuero sindical.

(...) La entrada en vigencia de la mencionada ley -febrero 21 de 1997-, trajo dos consecuencias trascendentales: la primera, que la administración para despedir, desmejorar las condiciones laborales o trasladar a un servidor público amparado por fuero sindical, deberá contar con la autorización del juez laboral-calificación judicial-. Para ello, será menester agotar el trámite establecido en los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, que regulan todo lo referente a esta autorización. La segunda, que el servidor público podrá hacer uso de la acción de reintegro que consagra el artículo 118 del mismo código, ante el juez ordinario laboral, cuando ha sido despedido, sus condiciones laborales desmejoradas o trasladado sin la mencionada calificación".

CLASES DE PLANTAS DE PERSONAL QUE PUEDEN CREARSE DENTRO DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

El Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección "A" en Sentencia del 7 de abril de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló los tipos de plantas de personal que puede haber en la Administración Pública y su definición así:

"PLANTA DE PERSONAL - Definición / PLANTA DE PERSONAL RIGIDA - Funciones por áreas, divisiones o direcciones / PLANTA GLOBAL - Definición. Ejercicio del ius variandi

La Planta de Personal podría definirse como el contenido de la maqueta que contempla la estructura de los cargos necesarios para cumplir las funciones que le corresponden a la administración. En principio se describían dos tipos de planta, la rígida, que tenía asignada funciones por áreas, divisiones o direcciones. Esta rigurosidad no le permitía a los funcionarios laborar en las diferentes dependencias, sino solo en aquella en donde había



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

sido ubicados conforme a su especialidad y formación. Esta modalidad volvía estática la administración y dificultaba el cumplimiento de los principios de la función pública. De otra parte, la planta global en donde los distintos empleos simplemente se enlistan o determinan de manera globalizada o genérica en su denominación, código y grado, e indicando el respectivo número de cada empleo, organización que le permite a la entidad ubicar a sus funcionarios en diferentes áreas de acuerdo a su perfil profesional, experiencia y conocimientos, es decir, este tipo de planta admite mayor movilidad en el ejercicio funcional y optimización en la prestación del servicio. Por esta razón, las plantas globales tienen mayor discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de sus servidores cuando así lo demande la necesidad del servicio, de manera que, la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de quienes lo hacen para otro tipo de plantas, permitiéndole a la entidad el ejercicio del ius variandi de una manera más amplia cuando existen motivos de interés general que justifican un tratamiento diverso; sin embargo, debe aclararse como bien lo señaló la Corte Constitucional que La flexibilidad de la planta de personal no se predica de la función asignada al empleo sino del número de funcionarios que pueden cumplirla.”

Establecido lo anterior, es menester señalar que existe otra clase de planta de personal dentro de la Administración Pública, y es la creada con la nueva ley de carrera administrativa establecida en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y es la denominada temporal o transitoria, la cual es de carácter excepcional y debe responder a una de las siguientes condiciones:

- “a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.”*

Las referidas plantas deben estar precedidas de los respectivos estudios técnicos que justifiquen la creación de los cargos por un tiempo determinado, así como de la apropiación y disponibilidad que garanticen el pago de salarios y prestaciones sociales.



REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS SERVIDORES PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PARA ACCEDER A UN ENCARGO EN UN CARGO DE CARERA ADMINISTRATIVA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por la cual se regula la carrera administrativa, los requisitos para acceder a un encargo en un cargo de carrera administrativa son los siguientes:

- Acreditar los requisitos para su ejercicio.
- Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño
- No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año
- Evaluación de desempeño sobresaliente
- **Debe recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, no obstante si no acredita las condiciones y requisitos requeridos, deberá encargarse al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.**

De la norma antes señalada se establece con meridiana claridad que el encargo en un cargo de carrera administrativa debe recaer en primer término en un empleado que pertenezca a la planta de cargos de la entidad en la cual se va a efectuar el mismo.

CONSIDERACIONES

Del análisis de las normas como de la jurisprudencia en cita, se puede establecer que los servidores públicos a que usted hace mención se encuentran amparados por fuero sindical, lo que implica no ser despedidos sin previa autorización judicial, desmejorados en sus condiciones de trabajo y no poder ser trasladados, sin justa causa previamente calificada por el juez, siendo esta la esencia del fuero sindical y si la administración realiza cualquier actuación que vulnere dichas condiciones sin que con antelación el juez laboral lo autorice, el empleado público puede hacer uso de la acción de reintegro ante el juez ordinario laboral.

Establecido lo anterior, procedo a analizar la incorporación de los servidores públicos del FONDAT, cuyos cargos fueron trasladados de esa entidad e incorporados temporalmente en la planta global de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, lo que se traduce en que deben estar en la planta de la Secretaría de Hacienda, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Distrital 591 del 29 de diciembre de 2009 y la Resolución SDH-000484 del 30 de diciembre de 2009 que así lo dispusieron, razón por la cual tienen la opción como empleados de carrera



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

administrativa de ser sujetos de un encargo en un cargo de la misma naturaleza dentro de la planta a la cual pertenecen, si reúnen las condiciones para su desempeño como son: acreditar los requisitos para su ejercicio, poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño, no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año y haber obtenido evaluación de desempeño sobresaliente.

Adicionalmente, es importante señalar que el encargo debe recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, y así se seguirá sucesivamente, por tanto el empleado debe pertenecer a la planta de cargos de la entidad en la cual se va a efectuar el respectivo recaudo.

En efecto, el hecho de haberlos incorporado transitoriamente, no quiere decir que se encuentren en una planta de cargos diferente a la aprobada para la Secretaría Distrital de Hacienda, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 591 de 2009, modificado por el artículo 2° del Decreto 33 de 2010, en cuanto ordenaron el traslado de algunos cargos del FONDAT a la Secretaría Distrital de Hacienda y su incorporación transitoria a dicha planta.

CONCEPTO

De las consideraciones legales y jurisprudenciales precedentes, procedo a responder el interrogante planteado en su consulta:

PREGUNTA:

¿Es viable encargar en empleos vacantes a funcionarios de carrera administrativa incorporados transitoriamente en la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda por encontrarse amparados por fuero sindical, pero que no hacen parte de los empleos de la planta de cargos aprobada para la Entidad?

RESPUESTA:

Tanto el Decreto Distrital 591 de 2009 como la Resolución 484 de 2009, expedida por la Secretaría Distrital de Hacienda tienen fundamento en la protección que amparaban a algunos funcionarios del FONDAT en este caso de fuero sindical, razón por la cual no podían ser despedidos de sus cargos y por ello se iniciaron los procesos de levantamiento de fuero ante la justicia ordinaria por parte de la Administración Distrital.



Por tanto se ordenó trasladar unos cargos del FONDAT a la Secretaría Distrital de Hacienda e incorporar transitoriamente a algunos funcionarios como los que usted indica en su consulta, en la planta global de cargos de esta Secretaría, por ello su interrogante, contiene un supuesto que no se comparte, en la medida que hay un decreto y una resolución que ordenan el traslado de unos cargos e incorporación en la planta global de cargos de la SDH así sea de manera transitoria, lo que quiere decir que efectivamente se encuentran incorporados en la planta de cargos de la entidad desde el 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual se ordenó su incorporación.

Efectivamente, la afirmación que se hace en la consulta es que estos cargos no hacen parte de la planta de cargos de la entidad.

Por el contrario, el Decreto 591 de 2009, modificado por el Decreto 33 de 2010 y la Resolución 484 de 2009 se encuentran vigentes, teniendo en cuenta que el Decreto 600 de 2014, "Por el cual se establece la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda," no deroga expresa ni tácitamente los Decretos 591 de 2009 ni 33 de 2010, razón por la cual se debe entender que los cargos se encuentran incorporados transitoriamente en la planta global de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, por ende esta transitoriedad no hace improcedente el encargo en servidores públicos que ostentan derechos de carrera administrativa, si cumplen con los requisitos para acceder al encargo.

Por ello, de conformidad con los actos administrativos antes señalados, esto es, el Decreto Distrital 591 de 2009 y la Resolución 484 de 2009, sí es procedente *encargar en empleos vacantes a servidores de carrera administrativa incorporados transitoriamente en la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Hacienda, al encontrarse estos cargos en la mencionada planta.*

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Rad: 2016IE19433

Revisado por:	Manuel Avila Olarte	MAO
Proyectado por:	Maribel Murcia Celis	



