



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 327261 de 2018

Fecha: 17-12-2018

Bogotá D.C.,

Referencia. PRESTACIONES SOCIALES. Cesantías retroactivas. Radicados No. **20182060312122** del 19/11/2018.

En atención al comunicado de la referencia, en el cual plantea un caso particular relacionado con un funcionario que se encuentra vinculado a una alcaldía municipal desde 1983 y quien fue trasladado en el año 2000 al concejo municipal de la misma ciudad y solicita información respecto al reconocimiento y con cargo a que presupuesto debe pagarse las cesantías, me permito manifestar:

El régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° y 2° de la Ley 65 de 1946, 2° y 6° del Decreto 1160 de 1947 y 2° del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores vinculados antes del 30 de diciembre de 1996, como, al parecer, ocurre en el caso sometido a estudio.

Ahora bien, se expone en el escrito de consulta la situación del traslado de un empleado, el cual se encontraba en la Personería municipal y fue trasladado al Concejo del mismo municipio, el cual fue realizado en el año 2000 y que supone la existencia de un acto administrativo mediante el cual se efectuó el movimiento y el cual, en principio, debería contener los términos del mismo.

Es de anotar que en el texto de la consulta no se señala entre otros aspectos, el tipo de vinculación del empleado; es decir, si es de libre nombramiento y remoción, carrera o con nombramiento provisional.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que con la consulta no se adjunta copia de los Actos Administrativos que lo rigieron, procedemos a hacer un desarrollo general del tema en los siguientes términos:

El Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”, que compilo las normas del Decreto 1950 de 1973 establece respecto al traslado:

«**ARTÍCULO 2.2.5.4.1 Movimientos de personal.** A los empleados que se encuentren en servicio activo se les podrá efectuar los siguientes movimientos de personal:

1. Traslado o permuta.
2. Encargo.
3. Reubicación
4. Ascenso.»

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 con 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, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto 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.

El traslado podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, siempre que el movimiento no afecte el servicio.

ARTÍCULO 2.2.5.4.4 El traslado por razones de violencia o seguridad. El traslado de los empleados públicos por razones de violencia o seguridad se registrará por lo establecido en la Ley 387 de 1997, 909 de 2004 y 1448 de 2011 y demás normas que regulen el tema.

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. (Artículo 32 decreto 1950 de 1973) »

De tal forma que para que proceda la figura del traslado, se deben dar las siguientes condiciones:

- . El cargo a proveer se debe encontrar vacante definitivamente.

- . Las funciones del cargo a suplir deben ser afines o complementarias a las ejecutadas en el actual cargo.

- . Los requisitos que se exijan para el nuevo empleo deben ser similares a las que ocupa el funcionario a trasladar.

- . La remuneración debe ser equivalente en los dos empleos.

- . El traslado se puede hacer por necesidades del servicio o por solicitud de los funcionarios interesados

Sobre la figura del traslado, el Honorable Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto radicado con el No.1047 del 13 de noviembre de 1997, 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.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación sobre la procedencia de configurar el abandono del cargo o del servicio cuando no se asumen las funciones asignadas, estando en servicio activo; la Sección II del Consejo de Estado advierte que se podría declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo en el evento de negarse el servidor a ocupar el nuevo nombramiento (Radicación 5975 del 21 de noviembre de 1994). (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La Sección Segunda de la misma Corporación, mediante Sentencia del 30 de octubre de 1995, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno, respecto a los traslados de los empleados de carrera administrativa, expresó:

«En efecto tratándose de un funcionario de carrera administrativa, la estabilidad como derecho inherente a esta clase de empleados debe ser objeto de un análisis distinto que si se tratara de un empleado ajeno a la carrera administrativa.»

“Desde luego que el desmejoramiento no podría alegarse si la convocatoria para el concurso establece la posibilidad de desempeñarse en diferentes sedes geográficas, por cuanto en este caso no se cambian las reglas de juego que el concursante conocía.”

“La estabilidad que brinda la carrera administrativa no se cumple solamente con la observancia externa de elementos formales tales como el grado del cargo, el nombre del empleo, y la similitud de sus funciones en el caso de un traslado, sino que además ella se objetiviza con el comportamiento de la administración frente al empleado, y el análisis de las necesidades del servicio.”

“En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado, el grado salarial el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardo su derecho a la estabilidad, lo cual vulnera el derecho que le otorga la carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causo perjuicios de orden familiar, económico y personal [...]». (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En consecuencia, será procedente el traslado de un empleado, siempre que sea por necesidades del servicio, se ajuste a las normas legales, y que no se desmejoren las condiciones laborales, salariales, personales y familiares del funcionario, lo cual, de acuerdo con los fallos de las altas cortes, deberá tener presente la entidad en forma individual, analizando a fondo la existencia de situaciones particulares que puedan vulnerar en forma grave los derechos fundamentales del empleado.

Por lo tanto si el movimiento que se efectuó fue un traslado de un servidor de carrera, este bajo las normas que rigen la figura, conservaría sus derechos de carrera entre otros el derecho a sus cesantías retroactivas.

Ahora bien si se trató de un “traslado” de un servidor que ostenta la calidad de provisional no estaríamos ante la figura del traslado propiamente dicha ya que esta forma de provisión de empleos solo aplica a servidores de carrera y de libre nombramiento por lo que estaríamos ante un nuevo nombramiento en cuyo caso y de conformidad con concepto de la sala de Consulta C.E 1777 de 2006 Consejo de estado, no se conservaría el derecho a las cesantías retroactivas y empezaría una nueva vinculación.

En este sentido, la resolución del caso particular corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para señalar la legalidad o ilegalidad de las actuaciones adelantadas por entidades públicas del orden territorial.

Por último, me permito indicarle que 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.

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

Cordialmente,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.