



Concepto Sala de Consulta C.E. 1777 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EMPLEADO PUBLICO - Nombramiento es acto condición / EMPLEADO PUBLICO - Nombramiento y posesión lo sujeta automáticamente al régimen salarial y prestacional vigente al ingreso / NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO PUBLICO - Acto condición. Define régimen salarial y prestacional vigente al ingreso

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista. (...) La regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”. (...) Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 2 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 7 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 19

AUXILIO DE CESANTIA -Concepto. Evolución normativa / CESANTIAS - Concepto. Evolución normativa / CESANTIAS RETROACTIVAS - Concepto. Marco legal / CESANTIAS ANUALIZADAS CON INTERESES - Concepto. Marco legal

“El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social”. Su evolución puede concretarse así: 2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. (...) 2.1.2.- El régimen retroactivo de cesantías cesó en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del decreto ley 3118 de 1968 que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. A partir de la vigencia de este decreto los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas. Teniendo en cuenta que el decreto 3118 de 1968 reguló exclusivamente el régimen de cesantías de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, los empleados del orden territorial mantuvieron el reconocimiento y pago retroactivo de tal prestación, conforme a las normas que lo establecieron. Con la entrada en vigor de la ley 344 (de 1996) se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen. (...) 2.1.6. El decreto 1582 de 1998 contempló que los servidores públicos del nivel territorial podían afiliarse a los fondos privados de cesantías - ley 50 de 1990 - o al Fondo Nacional de Ahorro.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto del auxilio de cesantías, Consejo de Estado, Sala de Consulta, concepto 1448 de 2002. Sobre los servidores vinculados antes de la Ley 344 de 1996 que mantenían el régimen retroactivo de cesantías, Corte Constitucional, sentencia C-428 de 1997.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 - ARTICULO 17 / DECRETO 2567 DE 1946 - ARTICULO 1 / DECRETO LEY 3118 de 1968 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 7 / LEY 344 DE 1996 - ARTICULO 13 / DECRETO 1582 DE 1998

CESANTIAS RETROACTIVAS - Servidores públicos que conservan este régimen

Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de: a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985. b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996. Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968. El decreto 1252 de 2000 dispuso que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional”.

FUNCION PUBLICA - Movilidad en el servicio / EMPLEO PUBLICO - Cambio: circunstancias que pueden originarlo

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción. Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

EMPLEADO PUBLICO - Régimen de cesantías ante cambio de empleo: Diferentes hipótesis / CESANTIAS RETROACTIVAS - Conservación o pérdida del régimen ante cambio de empleo

1. y 2.- El régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional o en empleo distinto, es el mismo que traía, siempre y cuando no exista rompimiento de la relación laboral y solución de continuidad en la prestación del servicio. 3.- El régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que es nombrado, previo concurso, en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, es el previsto para el nuevo cargo. 4.- El empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que por concurso y/o ascenso cambió de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad. 5. y 6- El empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que por concurso (ascenso) cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004, tiene derecho al régimen de cesantías previsto en la nueva entidad, así como al régimen salarial y prestacional de ésta. 7.- El régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó en un concurso para un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando, es el previsto para el nuevo cargo. Excepcionalmente, si la persona está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, lo conserva siempre y cuando no haya rompimiento de la relación laboral con la respectiva entidad. Los empleados del nivel profesional o asesor de la planta global de una entidad que cambiaron de empleo por concurso, pierden el derecho a seguir percibiendo la prima, dado que el nuevo cargo no la tiene asignada. 8., 9, 10, 11 y 12 - El empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad conserva su derecho. En esta hipótesis la prestación se debe liquidar con base en el salario del último cargo. El derecho al régimen retroactivo de cesantías se suspende para el empleado público de carrera que se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad. La liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera. Durante el tiempo que dure la comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción se le deben reconocer y pagar cesantías anualizadas. 13.- El empleado público de carrera cuyo cargo fue suprimido tiene derecho a ser reincorporado a un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, con el régimen salarial y prestacional de este cargo. El empleado público de carrera que es desplazado tiene derecho a ser reubicado en un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 9 de diciembre de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil seis (2006)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Referencia: Régimen salarial y prestacional de empleados públicos que cambian de empleo por: (i) comisión de servicios, (ii) reubicación por desplazamiento, (iii) reincorporación como consecuencia de la supresión de empleos y (iv) concurso

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula consulta a la Sala en relación con el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados públicos que por razones de su participación en un concurso de méritos, por comisión de servicios, por desplazamiento o por supresión del empleo, pasan a ocupar otro empleo público con un régimen distinto. Concretamente pregunta:

"1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

2.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

4.- Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de 2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?

5.- ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?

6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?.

7.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó a un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

8.- Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?

9.- ¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?

10.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

11.- El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

12.- O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

13.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

La Sala considera

Corresponde a la Sala dilucidar cuál es el régimen salarial y prestacional del empleado público- en provisionalidad o en carrera - que cambia de empleo - dentro de la misma entidad o en entidad diferente - por concurso, ascenso, comisión de servicios, reubicación por desplazamiento y/o reincorporación por supresión de cargo. La mayoría de los interrogantes inquieran si los servidores públicos que gozan de cesantías retroactivas y mudan de cargo por las referidas situaciones, conservan la retroactividad de las mismas o su régimen corresponde al del nuevo empleo. Para darle solución a los problemas jurídicos planteados la Sala parte de varias premisas:

1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

2.- El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser modificado, razón por la cual para proteger los derechos adquiridos y mantener las condiciones laborales, el legislador prevé regímenes de transición, como ocurre en el caso de las cesantías.

3.- Los empleados públicos pueden cambiar de empleo, por diferentes causas, con solución o no de continuidad en la prestación del servicio, ya sea en la misma entidad o en otra, variables que se interrelacionan entre sí, y determinan sus derechos en materia salarial y prestacional.

4.- Por regla general, el régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos es el estatuido para el nuevo empleo; sin embargo, en ocasiones, puede mantenerse el régimen anterior por las causales previstas por el legislador.

1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.

Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño - art. 2º -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración - art. 3º -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad - art. 2º ibídem-

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”¹ De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.

Siguiendo a Gaston Jèze, puede afirmarse, entonces, que el acto de nombramiento de un empleado público “es un acto condición de aplicación a un individuo de un status legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal (...)”²

Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal.

2.- El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y la protección de los derechos adquiridos sin desmejora de las condiciones laborales mediante la adopción de regímenes de transición. El caso concreto de las cesantías.

Por su propia naturaleza, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible y por tanto puede ser variado, por razones como la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos y las limitaciones presupuestales de cada organismo o entidad - art. 2º, numerales h) e i) de la ley 4ª de 1992 -³.

Sin embargo, como una vez vinculado el empleado a la administración entra a gozar de los derechos constitucionales y legales previstos, entre otras disposiciones, en el artículo 53 de la Carta y en la ley 4ª de 1992 - dentro de los cuales se destacan los derechos adquiridos, la no desmejora de salarios y prestaciones sociales y el respeto a la carrera administrativa -, el ordenamiento jurídico establece regímenes de transición que permiten armonizar la necesidad de mutabilidad del régimen salarial y prestacional con los derechos adquiridos de los empleados públicos.

2.1. Caso concreto de las cesantías. El régimen de cesantías ha presentado cambios en tanto del régimen de cesantías retroactivas se pasó al de cesantías anualizadas con intereses.

“El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social”⁴. Su evolución puede concretarse así:

2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. Esta

última norma dispuso:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Como lo precisó esta Sala en Consulta 1448 de 2002, el régimen de cesantías previsto en las anteriores normas “(...) tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios⁵. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre”.

La ley 65 de 1946, artículo 1º, y el decreto 1160 de 1947, artículo 1º, extendieron el beneficio de las cesantías retroactivas a los trabajadores de los departamentos y municipios y de las antiguas intendencias y comisarias. Se contempló además que el pago de cesantías definitivas procedía cuando operaba el retiro del empleado del servicio.

2.1.2.- El régimen retroactivo de cesantías cesó en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del decreto ley 3118 de 1968⁶ que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. A partir de la vigencia de este decreto los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas.

Teniendo en cuenta que el decreto 3118 de 1968 reguló exclusivamente el régimen de cesantías de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, los empleados del orden territorial mantuvieron el reconocimiento y pago retroactivo de tal prestación, conforme a las normas que lo establecieron⁷.

2.1.3. La ley 33 de 1985 – art. 7º - dispuso que las entidades que a la fecha de vigencia de la ley pagaban cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirían directamente el pago de dicha prestación. De otra parte, los servidores de la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados a partir del 1º de enero de 1985 quedaron sometidos al régimen de liquidación anual con intereses de las cesantías previsto en el decreto 3118 de 1968⁸. Quienes venían vinculados a esas entidades conservaron el régimen de pago retroactivo de cesantías.

2.1.4. Como se anotó los servidores de las entidades territoriales mantuvieron el régimen retroactivo luego de la expedición del decreto 3118 de 1968 que nada proveyó al respecto. Pero la ley 344 de 1996⁹ ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia “a todos los órganos y entidades del Estado” se regirán por el sistema de liquidación anual de cesantías - art. 13¹⁰.

Respecto de los servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 344 se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997. Allí se precisó:

“Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”

De esta manera con la entrada en vigor de la ley 344 se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen¹¹

2.1.5. No obstante que en la rama ejecutiva del orden nacional a partir del decreto 3118 se eliminó el sistema de pago retroactivo de cesantías sin haberse dispuesto la continuidad respecto de quienes lo venían gozando, el artículo 5º de la ley 432 de 1998¹² reiteró ese mandato de afiliación obligatoria de tales servidores y autorizó la afiliación voluntaria de otros servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Al respecto previó el parágrafo de dicha norma:

“En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”¹³

En relación con el pago de las cesantías, la responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro se limitó al monto de los aportes efectivamente consignados por las entidades obligadas a su pago y a los intereses - art. 13 -

2.1.6. El decreto 1582 de 1998¹⁴ contempló que los servidores públicos del nivel territorial podían afiliarse a los fondos privados de cesantías - ley 50 de 1990 - o al Fondo Nacional de Ahorro. “Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998.” - parágrafo del artículo 1º

2.1.7. Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de:

- a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985.
- b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996.

Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968.

El decreto 1252 de 2000¹⁵ dispuso que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional”.

3.- Efectos salariales y prestacional con ocasión del cambio de empleo.

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

Para el análisis del presente asunto la Sala tendrá en cuenta, además, si existe solución de continuidad en la prestación del servicio, si hay terminación del vínculo laboral, si se cambia o no de entidad y si hay lugar al reconocimiento de derechos adquiridos, advirtiendo que las situaciones son variadas y que por tanto el criterio expuesto es necesariamente general.

Debe destacarse que algunos de los interrogantes encuentran solución clara en la ley y en otros se detectan lagunas normativas o preceptos de textura abierta que merecerán estudio especial bajo el supuesto de que por regla general el régimen salarial y prestacional por cambio de empleo es el del cargo que entra a desempeñarse; sin embargo, no siempre se varía el régimen prestacional, puesto que en algunas oportunidades, por especial protección del ordenamiento jurídico, debe supeditarse tal situación al cambio de entidad, o al retiro definitivo del servicio, o a la causa que origina el movimiento de personal.

4. Preguntas concretas

4.1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

Ya dejó la Sala establecido cuáles servidores públicos mantienen el derecho a percibir el pago retroactivo de cesantías.

El nombramiento provisional por es¹⁶. Sin embargo, dado que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-372 de 1999 declaró inexecutable muchas de las disposiciones relacionadas con la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la ausencia del organismo encargado por mandato constitucional – art. 130 – de la vigilancia y administración de la carrera administrativa, se presentó una inusitada extensión del tiempo de la provisionalidad.

Cotejando las fechas de desmonte de las cesantías retroactivas en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital, con el lapso de duración de los nombramientos provisionales¹⁷, estima la Sala que deben ser muy pocos los eventos de las personas que se encuentran cobijadas por los supuestos a que alude la primera pregunta.

De esta manera, para avocar el caso concreto de la pregunta debe anotarse que, en principio, en la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, no podrían presentarse casos de empleados con nombramientos provisionales y cesantías retroactivas, por cuanto, como se vio, para ellos este régimen se desmontó desde 1968, por lo que resulta altamente improbable que pueda configurarse la hipótesis prevista en el interrogante.

Ahora bien, el régimen de retroactividad dejó de operar en el orden territorial para quienes se vincularon con posterioridad a la vigencia de la ley 344 de 1996 y en la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil para los servidores vinculados a partir del 1º de enero de 1985. Los empleados públicos de tales entidades vinculados con anterioridad a las fechas indicadas conservan su régimen.

Para el momento de entrada en vigencia de las leyes 33 de 1985 y 344 de 1996 la provisionalidad tenía un límite en el tiempo y por ende no es jurídicamente posible que un servidor público, con régimen de cesantías retroactivas, hubiera mantenido un nombramiento en tal condición desde ese entonces hasta la fecha, esto es por más de diez años. En la hipótesis prevista en la pregunta, se parte entonces del supuesto de que en algún momento, antes de la sentencia C-372 de 1999, la vinculación del respectivo empleado, supuestamente con régimen de retroactividad en sus cesantías, fue irregular, pues, se reitera la provisionalidad tenía una duración de meses.

Con todo, es claro que el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 consagra que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas –no se señala en qué condición, si con nombramiento en propiedad o si es un empleado de carrera - continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad

prestacional". Por tanto, si la persona ejerce provisionalmente un determinado cargo, está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, y fue nombrada en período de prueba e inscrita en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional, dado que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio, ni cambio de entidad, es más se sigue ejerciendo el mismo empleo, se estima que debe continuar amparada por el sistema que venía cobijándola.

En la hipótesis consultada, si bien se pasa de ejercer el cargo en provisionalidad a ejercerlo en período de prueba y luego en propiedad, no hay una terminación de la vinculación laboral con el organismo respectivo y ello permite a la Sala considerar, en virtud del principio de favorabilidad que rige las relaciones de los servidores públicos, que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene.

Sobre el particular, en fallo del 1º de septiembre de 2006 recaído dentro del expediente 2702- 00 [68001-23-31-000-1997 (2873) 01], proferido por la Sección Segunda, Subsección "B" de esta Corporación, se dijo:

"(...) no pueden confundirse, entonces, las interrupciones transitorias con el retiro definitivo mediante el cual se rompe el vínculo laboral. Por ello, no puede concebirse una acumulación de tiempos de servicio, fruto de diferentes relaciones de trabajo, en cada una de las cuales se ha roto la vinculación para efectos de la obtención de una cesantía definitiva por todos ellos, pues cuando opera la ruptura del vínculo surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la prestación y si no lo hace en tiempo, puede prescribir (...) Ahora bien, lo relevante legalmente para efectos de la ACUMULACION DE TIEMPOS SERVIDOS OFICIALMENTE PARA EFECTOS DE LA CESANTIA DEFINITIVA ORDINARIA (RETROACTIVA) es la "continuidad" en el servicio oficial, sin operancia de ruptura de la vinculación laboral administrativa.

Entonces, si después de un nombramiento y posesión el empleado "rompe" su vínculo laboral administrativo, v. gr. en virtud de insubsistencia del nombramiento, renuncia, etc., se entiende, que a partir de su desvinculación tiene derecho a reclamar su cesantía definitiva por dicho lapso y comienza a correr el término de prescripción del derecho. Claro está que, en ocasiones, cuando se trata del mismo "patrono estatal" (v.gr. Departamento) es posible que al terminar una relación, como cuando se le acepta la renuncia del cargo, la persona toma posesión de otro cargo correspondiente a la misma Persona Jurídica Oficial, sin solución de continuidad, se admite la acumulación de tiempos de servicio para la liquidación de la cesantía definitiva retroactiva." ¹⁸

4.2. Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

Las consideraciones expuestas en el punto 4.1. son aplicables a este evento, pues la única variación entre uno y otro, es el cambio de empleo permaneciendo en la entidad. Aún cuando el empleado debe renunciar al cargo que se ejerce en virtud del nombramiento provisional para entrar a tomar posesión del nuevo empleo, no se rompe el nexo laboral con el correspondiente organismo y ello hace viable que se aplique el artículo 1º del decreto 1252 de 2000. Por ello, se estima que si el servidor tiene régimen cesantías retroactivo debe mantenerse, pues el beneficio del régimen de transición es aplicable a quienes estén inscrito en la carrera administrativa y a quienes tienen nombramiento provisional.

4.3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

En esta hipótesis y dado que hay un rompimiento de la primera relación laboral por voluntad del empleado con la entidad que venía reconociendo y pagando las cesantías retroactivas, no es dable predicar existencia de derechos adquiridos y concluye la Sala que no se configura el supuesto previsto en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000¹⁹. De esta manera el régimen de cesantías para el servidor colocado en la referida situación, es el general previsto para el respectivo empleo, sin perjuicio de señalar que una vez se retira de la primera entidad tiene derecho a que ésta le reconozca sus cesantías retroactivas definitivas.

4.4.- "Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de 2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?"

Dentro de los derechos inherentes a la carrera administrativa, el legislador, con fundamento en los criterios de igualdad y equidad, ha protegido el ascenso para quienes estén inscritos en ella, pues, además de convertirse en un estímulo para el servidor público, resalta el mérito como factor determinante para obtener promociones dentro del servicio²⁰. Por su parte, el artículo 57 de la ley 909 de 2004²¹ ampara la conservación y el respeto de "(...) los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos o establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores".

El ascenso dentro de una misma entidad, por su propia esencia, no implica una terminación de la relación laboral y, por ende, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 si el empleado ascendido disfrutaba del régimen de cesantías retroactivas continúa abrigado con el mismo.

Como se vio, el interés real que dio lugar a la anualización de las cesantías, fue el desmonte de la retroactividad pero sin afectar derechos adquiridos y sin desmejorar las condiciones laborales del trabajador. Por ende la situación no puede estudiarse bajo una perspectiva netamente formalista, sino valorando la situación a la luz de principios que informan el derecho administrativo laboral. El objetivo del régimen de transición fue amparar al trabajador mientras dure vinculado. Por tanto, en el evento estudiado la protección se extiende hasta la terminación de la vinculación laboral la cual no se rompe con el ascenso. Una interpretación diferente no es compatible con la finalidad misma que informa esta institución.

4.5. ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?.

¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo (sic) de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?.

La hipótesis presenta una variante en relación con la estudiada en el punto anterior y es la de que en ésta opera cambio de la entidad. Conviene entonces determinar si por dicha situación se pierde el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Es claro que: (i) el pago de cesantías retroactivas correspondía a la Caja Nacional de Previsión, y con el artículo 7º de la ley 33 de 1985 esa obligación la asumieron directamente las entidades empleadoras; (ii) las cesantías retroactivas definitivas las paga al momento del retiro del servicio del empleado, la respectiva entidad²² y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen²³; (iii) el servidor público que obtiene un ascenso de cargo o que previo concurso es nombrado - en período de prueba - para otro empleo en otra entidad, debe renunciar al anterior empleo y, por ende, rompe su vínculo laboral con el primer empleador, de manera voluntaria, situación que hace cesar el régimen de cesantías retroactivas; (iv) aunque ese movimiento laboral no necesariamente puede implicar solución de continuidad en la prestación del servicio, con el nuevo nombramiento - aún en período de prueba - en un cargo en distinto organismo de la administración el servidor inicia otro vínculo laboral, frente al cual el ordenamiento jurídico tiene previsto un régimen salarial y prestacional; (v) los derechos adquiridos y la no desmejora de las condiciones laborales previstos en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 están condicionados a que el servidor público mantenga su vinculación laboral con el organismo o entidad donde se aplica la modalidad de cesantías retroactivas, supuesto que en la hipótesis estudiada no se configura por las razones anotadas. Tales circunstancias llevan a la Sala a considerar que este evento el derecho a seguir amparado por la retroactividad se pierde.

4.6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó (en un concurso para) un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

a).- Régimen salarial . El régimen salarial no varía en cuanto está predeterminado estatutariamente y el servidor continúa en la entidad en el mismo nivel sin solución de continuidad en la prestación del servicio. El cambio de cargo solo determina una posible variación de la asignación básica en consideración a la escala salarial que corresponda.

b).- Régimen prestacional. Se conserva dada la permanencia en el servicio en la misma entidad sin solución de continuidad, incluido el reconocimiento y pago de cesantías retroactivas si gozaba de ese régimen

c).- Régimen de prima técnica. Como se señala en la Consulta 1745, el decreto 1661 de 1991 - reglamentado por decreto 2164 del mismo año - previó dos clases de prima técnica: a) por formación avanzada y experiencia altamente calificada. b) por evaluación del desempeño²⁴ La reglamentación respecto de los niveles en que procede la asignación de la prima ha tenido variaciones. Así, para los cargos del nivel asesor, no adscritos al Despacho del Jefe de la entidad, la prima técnica por formación avanzada y experiencia y por evaluación del desempeño, se desmanteló por el decreto 1336 de 2003; mientras que para los cargos del nivel profesional, la prima técnica por las dos modalidades se desmontó con el decreto 1724 de 1997.

De suerte que los empleados públicos de los referidos niveles que causaron la prima antes del cambio normativo, siguen teniendo el derecho siempre y cuando no se configure ninguna causal de extinción, dentro de las cuales está la de pasar a un cargo que ya no sea susceptible de asignación de la misma. Específicamente sobre este punto la Sala en Consulta 1539 de 2004 anotó:

"(...) la prima técnica no se consagra como un derecho anejo a los cargos señalados en el artículo 1° del decreto 1336 de 2003, esto es, que sea inherente a ellos, pues según tal norma en concordancia con el artículo 7° del decreto 2164 de 1991, para su disfrute es necesario que a cada cargo en particular le sea asignada la prima mediante resolución motivada o acuerdo "conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal" y, debe agregarse, las calidades del empleado y las condiciones particulares del cargo."

Como en la hipótesis prevista en la consulta el cambio de empleo obedeció a un concurso, para un cargo que ya no tiene asignada prima técnica es claro que pierde el derecho.

4.7.-"Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?"

¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?"

El artículo 26 de la ley 909 regula la comisión que se otorga al empleado de carrera para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en estos términos:

"Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. (...) En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño.²⁵"

Como se advierte, la norma contempló el derecho del empleado de carrera de ser comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, previó que esa situación administrativa podría darse en la misma entidad o en entidad distinta, pero guardó silencio frente al régimen salarial y prestacional del empleado comisionado.

Comisión en la misma entidad. En esta hipótesis, considera la Sala no hay terminación del vinculación laboral con la entidad en la cual el servidor público se encuentra nombrado en cargo de carrera; la comisión opera por necesidades del servicio, y requiere el asentimiento de dos voluntades: la del empleado, y la de la entidad empleadora que es la misma que otorga la comisión. En materia salarial el empleado tendrá derecho a la remuneración prevista para el cargo de libre nombramiento y remoción en el cual está en comisión. Sobre el régimen jurídico del comisionado señala el Tratadista y ex - Consejero de Estado doctor Diego Younes Moreno lo siguiente:

“Esta comisión permite, pues, ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder el *status* de carrera, pero en los demás aspectos significa un cambio de régimen jurídico. En efecto, este no será el que rige para el empleo del cual se es titular, sino el que se predique para el cargo que se desempeñe en comisión. El régimen de remuneración y de prestaciones sociales deberá ser el del empleo cuyas funciones se ejercen mediante la situación administrativa de comisión, y no el que rija para el destino del cual se separa transitoriamente el funcionario por el mecanismo que nos ocupa.”²⁶

No obstante lo anterior, como quiera que en materia de cesantías hay una norma expresa que le es más favorable al trabajador, según la cual “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional” - art. 1º del decreto 1252 de 2000 - se considera que si el empleado comisionado venía con el régimen previsto en la ley 6ª de 1945, no lo pierde, lo conserva .

Comisión en diferente entidad. No está contemplada como causal de retiro de los empleados públicos la comisión que se le otorga al empleado escalafonado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción ni como causal de pérdida de los derechos inherentes a la carrera. Lo que sí produce esas consecuencias es la toma de posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva. - ver artículos 41 y 42 de la ley 909 de 2004 -. Es claro que si se presenta esta comisión en diferente entidad no hay terminación del vínculo laboral con la primera entidad pero si una suspensión del mismo; la causa de la comisión se relaciona indiscutiblemente con la mejor prestación del servicio y con un estímulo para el servidor público y emana de la voluntad de tres partes: del empleado quien la solicita y acepta, del organismo en donde ésta presta sus servicios que la autoriza y de la entidad en donde está ubicado el empleo de libre nombramiento y remoción que va a desempeñar el empleado comisionado.

Ahora bien, dada la circunstancia de que la ley no previó estrictamente la solución que cabe dar a la hipótesis estudiada, la Sala considera que en esta hipótesis debe entenderse que el régimen de cesantías retroactivas del servidor con el primer empleador se suspende mientras dura su relación laboral con el segundo empleador que le reconocerá y pagará las cesantías anualizadas por el lapso que dure en esa entidad, lo cual encuentra sustento en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 al señalar que el régimen de cesantías retroactivas sólo se reconoce mientras aquél permanezca en el organismo o entidad en donde se aplica dicha modalidad prestacional y en el hecho de que las cesantías retroactivas las reconoce y paga la entidad empleadora en donde rige ese sistema.

4.8.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

Si el empleado solicita un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, se le deben liquidar con base en el salario de este último cargo.

Si es en otra entidad y dado que como quedó visto en el punto anterior la relación laboral con la primera entidad se suspendió, la liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera.

4.9.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?”

4.9.1.- Reincorporación por supresión de cargos. Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público pero a otro organismo con un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a éste último²⁷. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial "(...) a ser incorporado en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal" y si ello no es posible puede optar por " ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización". - art. 44 de la ley 909 de 2004²⁸

Esa equivalencia tiene que ser medida en todos los aspectos, funcionales, salariales, prestacionales, de requisitos, etc.²⁹. De manera que en este evento la administración está obligada a reincorporar al empleado a un cargo con las mismas características del que tenía, caso en el cual mantendrá el régimen de cesantías retroactivas y, si no lo puede hacer, lo debe compensar en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 880 de 2003³⁰. Sin embargo ello no significa darle al empleo al cual es reincorporado el servidor un régimen salarial y prestacional distinto al señalado por la ley.

4.9.2.- Reubicación por razones de desplazamiento. El desplazado como persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, tiene derecho a acceder a soluciones definitivas y al regreso a su lugar de origen - arts. 1º, 2.5 y 2.6 de la ley 387/97³¹ -. Dentro de los objetivos que busca el Plan nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia, se resaltan, entre otros el de adoptar medidas de atención humanitaria de emergencia a la población desplazada, con el fin de asegurarle su protección y las condiciones necesarias para la subsistencia y la adaptación a la nueva situación; diseñar y adoptar medidas que garanticen su acceso a planes, programas y proyectos integrales de desarrollo urbano y rural, ofreciéndole los medios necesarios para que cree sus propias formas de subsistencia, de tal manera que su reincorporación a la vida social, laboral y cultural del país, se realice evitando procesos de segregación o estigmatización social y adoptar las medidas necesarias que posibiliten su retorno voluntario a su zona de origen o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento - art. 10.3, 10.5 y 10.6º Ibídem

El Gobierno Nacional está obligado a promover acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas. Estas medidas deberán permitir el acceso directo de la población desplazada a la oferta social del gobierno, en particular a los programas relacionados con planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social -art. 16 y 17 de la ley 387 de 1997

En desarrollo de todas estas políticas la ley 909 de 2004 atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil la función de "Conformar, organizar y manejar (...) el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia" - art. 11.e) - y establece como medida de protección de los empleados de carrera administrativa desplazados por razones de violencia, previa demostración de su condición de tal, su reubicación, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en una sede distinta a aquella donde se encuentre situado el cargo del cual es titular, o en otra entidad - artículo 52 de la ley 909, en armonía con la ley 387 de 1997

Frente al asunto planteado, considera la Sala que si el empleado de carrera es reubicado en una sede distinta de aquélla donde habitualmente laboraba en la misma entidad, no hay controversia en torno al régimen salarial y prestacional, pues éste no varía, con la advertencia que la administración debe garantizar la no desmejora de las condiciones laborales.

El problema se presenta cuando el empleado es reubicado en un empleo perteneciente a otra entidad pública³². En consideración a que el órgano encargado de manejar el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados es la Comisión Nacional del Servicio Civil, se entiende que el régimen prestacional es siempre el de la rama ejecutiva del poder público, unificado en los órdenes nacional y territorial por el decreto 1919 de 2002.

Sin embargo, en caso de estar el empleado gozando del régimen de cesantías retroactivas es posible admitir la hipótesis de que aquél sea reubicado en una entidad que no esté regida por el mismo. Esta situación no ha sido regulada expresamente por el legislador y ante esa circunstancia, dado que el motivo de cambio de empleo es forzado y obedece a causas externas a la voluntad del servidor y que es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado como lo son la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia - art. 3º-, considera la Sala que el régimen del empleado público se debe mantener, pues es la forma de garantizar su protección y estabilización socioeconómica. En consecuencia el empleado conserva el régimen de cesantías retroactivas que lo gobierna.

¹ Desde el decreto 1732 de 1960 - art. 12 - (hoy en día derogado) se dispuso que la clasificación de los empleos - de acuerdo a las funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño - sería el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la remuneración correspondiente, bajo el postulado de que todo empleo será remunerado con base en el sistema que garantice "el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares", principio que es reiterado por el artículo 8º del decreto 1950 de 1973. Ver además art. 75 dec. 1042/78

² JÉZE Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, páginas 48 y siguientes. Sobre la clasificación del acto de nombramiento como acto condición ver además SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 1985, pág. 236. STASSINOPOULOS Michel, El acto administrativo. Traducción jurídica del doctor Francisco Sierra Jaramillo, 1981, págs. 42 y 62. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Editorial La Ley, tomo II, sexta edición, 1980, págs. 163 y 164. RIVERO Jean, Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, traducción de la 9ª edición, pág. 97.

³ El propio artículo 4º *ibídem* determina que el Gobierno Nacional cada año, modificará el sistema salarial de los empleados públicos, aumentando sus remuneraciones. Ver sentencia C-710 de 1999.

⁴ Consulta 1448 de 2002.

⁵ En la actualidad algunas personas continúan cobijadas por este régimen.

⁶ Por medio del cual se creó el Fondo Nacional de Ahorro.

⁷ Literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y artículos 1º de decreto 2767 de 1945, 1º de la ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160 de 1947.

⁸ Posteriormente se expidió la ley 50 de 1990 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías y la ley 244 de 1995 - subrogada por la ley 1071 de 2006 - que tocó lo relativo a la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales y el término de las entidades para su cancelación.

⁹ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público.

¹⁰ Frente al régimen de los empleados públicos del Distrito Capital ver decretos 1133 y 1808 de 1994, derogados por el art. 6º del decreto 1919 de 2002.

¹¹ El decreto 1919 de 2002 - por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial - dispuso: "Art. 3º. Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la ley 344 de 1996 y el decreto 1252 de 2000". // Por su parte, el decreto 1252 de 2000, al cual se referirá la Sala más adelante, precisó que a "los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso".

¹² Mudó la naturaleza del Fondo Nacional de Ahorro a la de empresa industrial y comercial del Estado.

¹³ Norma que reproduce el artículo 27 del decreto 1453 de 1998, reglamentario de la ley 432.

¹⁴ Dictado en el marco de la ley 4ª de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la ley 344 de 1996 y 5º de la ley 432 de 1998.

¹⁵ Dictado en desarrollo de los principios generales establecidos en la ley 4ª de 1992, por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

¹⁶ Arts 53 dec. 1732/60, 5º dec. 2400/68, 28 dec. 1950/73, 4º ley 61/87, 10 ley 443/98, 8º del decreto 1227 de 2005, mod. por el dec.3820/05 y 25 de la ley 909/04 y. Este último señala: “Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.” Frente al tema de la provisionalidad en la exposición de motivos del proyecto que a la postre se convertiría en la ley 909 se dijo: “El proyecto omite la figura de la provisionalidad, como estrategia para que los empleos de la administración pública se provean siempre por concurso público, evitando de esta manera la utilización de esta figura que ha servido para desvirtuar el principio de mérito”. Gaceta del congreso 232 de 2003, página 23.

¹⁷ La ley 27/92 amplió la cobertura de las disposiciones contenidas en el decreto 2400/68 a los niveles departamental y municipal.

¹⁸ Ver además sentencias de la misma Sección Segunda del 15/08/96, exp. 8461; 30/04/77, exp. 2429; y 26/06/97, exp. 10067.

¹⁹ Ley 909 de 2004: “Artículo 41. Causales de retiro del servicio (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; Artículo 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa. 1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley”..

²⁰ Ver arts. 2º.b ley 165/38, 65 del dec. 1732/60, 7º y 46 dec. 2400/68, 222 a 227 del dec. 1950/73, 11 de la ley 27/92, 2º y 3º de la ley 443/98, 2º, 7º, 28, y 29 de la ley 909/04.

²¹ Regula la carrera administrativa, el empleo público y la gerencia pública

²² Ver arts. 1º de la ley 65 de 1946, 28 y 37 del decreto 3118 de 1968 y 32 del decreto 1453 de 1998.

²³ Excepcionalmente el Fondo Nacional de Ahorro paga cesantías definitivas, pues los artículos 5º de la ley 432 de 1998 y 27 del decreto 1453 del mismo año al ordenar la afiliación a ese Fondo de todos los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional dispusieron que frente a los servidores públicos con régimen de retroactividad en las cesantías el mayor valor sería responsabilidad de la entidad empleadora.

²⁴ Ver decretos 1661 y 2164/91, 1724/97; 1335/99 y 1336/03.

²⁵ Ver artículos 22 del decreto 2400 de 1968 – art. 22 -, 76, 95 y 94 del decreto reglamentario 1950 de 1973. Esta última norma señaló “La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción no implica pérdida ni mengua de los derechos como funcionario de carrera.”

²⁶ YOUNES MORENO Diego, Derecho Administrativo Laboral, Editorial Temis S.A., 2001, página 314.

²⁷ Los arts.7º de la ley 27/92 y 41 de la ley 909 contemplaron como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la supresión del empleo en tanto que el artículo 37 de la ley 443/98 no lo hizo.

²⁸ “Artículo 45. (...) Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suscitado. Cuando la

incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

²⁹ “Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa (...) e) Conformar (...)el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados ” - art. 11 ley 909/04

³⁰ Ver concepto 1539 de 2004, acápite 4.2.

³¹ Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia

³² La condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento - art. 18 de la ley 387 de 1997

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 20:46:33