



Función Pública

Concepto 124741 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000124741

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000124741

Fecha: 05/09/2014 04:52:10 p.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: PRESTACIONES SOCIALES. Prestaciones que conservan los ex servidores del Departamento Administrativo de Seguridad DAS que son incorporados a otras entidades. Rad. 20142060120182 del 6 de agosto de 2014

En atención al oficio de la referencia, me permito indicar lo siguiente:

1.- Mediante el Decreto-ley 4057 del 31 de octubre de 2011 “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, se establece:

“ARTÍCULO 6°. SUPRESIÓN DE EMPLEOS Y PROCESO DE INCORPORACIÓN. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

-

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad. (...)” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 7° RÉGIMEN DE PERSONAL. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas anteriormente citadas, se concluye que los servidores públicos incorporados en las entidades receptoras, lo harán sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

Como puede observarse, los servidores públicos del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera y que hayan sido incorporados en las entidades que asumieron las funciones trasladadas en virtud del Decreto-ley 4057 de 2011, conservan sus derechos de carrera.

De otra parte, en el Decreto-ley 4057 de 2011 se estableció que para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del citado decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

2.- De otra parte, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia [C-098](#) de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 (parcial) del Decreto 4057 de 2011, “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, declarando la exequibilidad de dicha disposición al señalar:

“3.7.3. Régimen salarial, prestacional y de administración de personal

3.7.3.1. Los fundamentos del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos están incorporados en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, según los cuales corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Esta función debe ser ejercida mediante leyes marco.

3.7.3.2. En el marco de los procesos de reestructuración de las entidades públicas, la jurisprudencia ha señalado algunas pautas que deben seguir tanto el Legislativo como el Ejecutivo, con el fin de no desconocer los postulados constitucionales.

3.7.3.3. En la sentencia C-880 de 2003, la Corte consideró que es razonable que se establezca que el régimen laboral de los servidores que, en virtud de un proceso de reestructuración, pasan de una entidad a la otra, sea el de la entidad que los recibe, en particular cuando se trata de una fusión. La Sala manifestó: “Cuando el Gobierno, en ejercicio de tales atribuciones, ordena la fusión de una entidad a otra, las funciones a cargo de la entidad absorbida se cumplirán hacia futuro por la entidad absorbente, que bien podrá tener naturaleza jurídica diferente a la que tenía el ente absorbido. Por lo tanto, es razonable que la naturaleza de la entidad fusionada y el régimen laboral de sus servidores públicos sean los de la entidad absorbente.”. No obstante, la Corte señaló que en estos casos la Carta impone la obligación de que los derechos de los

servidores no sean desmejorados: *“la Corte precisa entonces que en los casos de incorporación, los derechos de empleados y trabajadores en materia salarial y prestacional no podrán ser desmejorados por el decreto que disponga la fusión respectiva”*.

Además, la Corte resaltó que el Ejecutivo, en los procesos de reestructuración, es quien tiene la competencia para definir las características de las entidades reformadas y creadas, incluido el régimen salarial y prestacional de sus servidores-, siempre y cuando se respeten las garantías de estabilidad en el empleo y no desmejoramiento de las condiciones laborales. La Corte dijo: *“Debe entenderse por ello que es la Administración la que decide a qué empleados o trabajadores llama o no a incorporarse a la nueva entidad, en qué condiciones o bajo qué régimen, dada precisamente la naturaleza de la nueva entidad.”*

3.7.3.4. De igual forma, en la sentencia C-784 de 2004, esta Corporación señaló que:

“En ese orden de ideas en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, “sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control”^[67], así como también “regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras”^[68]”. [69] (Subraya fuera de texto).

3.7.3.5. La sentencia C-314 de 2004 analizó el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 en el cual se señalaba que el Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en dicho decreto será el de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva agregando que se entenderán por derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas:

“El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”.

La Corte decidió en esta sentencia declarar constitucional la primera parte de la norma e inconstitucional la expresión *“Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”* por 2 razones:

- En primer lugar, se consideró que esta expresión únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial.

- En segundo lugar, se afirmó que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así mismo se consideró que el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

En esta sentencia adicionalmente se señalan algunos criterios para la interpretación de los derechos adquiridos que son fundamentales para el análisis de la norma demandada:

(i) Las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen *derechos adquiridos* sino *meras expectativas*.

(ii) Por disposición expresa del artículo 58 constitucional, *“los derechos adquiridos son intangibles, lo cual implica que no pueden ser*

desconocidos por leyes posteriores, no obstante lo cual ésta pueda modificar o, incluso, extinguir los derechos respecto de los cuales los individuos tienen apenas una simple expectativa”.

(iii) Ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a leyes anteriores, pero pueden hacerlo en caso de meras expectativas.

Si bien la norma demandada es similar al artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 tiene una diferencia fundamental y es que no define lo que puede entenderse por derechos adquiridos que justamente fue la razón para que se declarara la inconstitucionalidad de la expresión acusada en la sentencia C-314 de 2004 luego confirmada en la C-349 de 2004 que se está a lo resuelto de ésta. Lo que sí permite concluir esta sentencia es la posibilidad de que la ley pueda modificar las situaciones jurídicas que constituyen meras expectativas como la posibilidad de que el régimen salarial, prestacional y de administración de personal de una entidad que ha sido extinguida del ordenamiento jurídico se conserve. Lo que claramente debe protegerse son los derechos adquiridos, lo cual incluso es señalado por la propia norma demandada.

3.7.3.6. Así las cosas, teniendo en cuenta que el legislador es competente para reformar la estructura de la administración en relación con el régimen salarial, prestacional y de administración de personal de los servidores de entidades reestructuradas, la modificación planteada en la norma demandada (parcialmente) se ajusta a la Carta Política y a la jurisprudencia constitucional y no desconoce en manera alguna derechos adquiridos, en la medida que la reubicación de estos trabajadores, por sí sola, no implica una desmejora de sus condiciones laborales.

(...)

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES las expresiones “*El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor*” y “*a partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora*” del artículo 7 del Decreto 4057 de 2011, “*Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones*” en los términos consignados en las consideraciones de esta Sentencia.”

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

Mónica Herrera/JFCA

600.4.8.