

CONCEPTO 67281 DE 2017

(diciembre 15)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: EDDER HARVEY RODRIGUEZ LAITON-
Coordinación Relaciones Laborales-Secretaría General-
Dirección General-SENA_
ehrodriguezl@sena.edu.co

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: Traslado de sede trabajador oficial sindicalizado

En atención a su comunicación remitida con el radicado 8-2017-065835, de fecha 11 de diciembre de 2017, 8-2017-066922 del 14 de diciembre de 2017; mediante la cual solicita concepto jurídico respecto al traslado de un trabajador oficial realizado con ocasión de las amenazas que recibía y el peligro que corría su vida, traslado se autorizó en virtud del Artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo, quien requiere regresar a su lugar inicial de labores por cuestiones familiares; me permito manifestarle lo siguiente:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

En atención a la consulta, de manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites o hacer aclaraciones/modificaciones a los procedimientos y actos administrativos proferidos por el SENA. También es pertinente indicarle que en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las inquietudes sobre diversas temáticas se deben aclarar al interior de la Entidad agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario que maneje la temática, al competente o a quien deba tomar la decisión. El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, la temática planteada se abordará en forma general para su análisis jurídico.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Señala el peticionario:

-Mediante la Resolución No. 1654 del 25 de septiembre 2017, se autorizó el traslado del señor

Manuel Bustos, trabajador oficial de la Regional Atlántico a la Regional Guajira, pues estaba siendo víctima de amenazas y su vida corría peligro, tal traslado se autorizó en virtud del Artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo.

-El trabajador oficial solicitó el 7 y 21 de noviembre de 2017, se le volviera a trasladar a la Regional Atlántico en virtud del artículo 67.

-Indicó el trabajador oficial al SENA lo siguiente:

[...] De la manera más atenta y especial muy respetuosamente le informo que estoy manifestando mi consentimiento y voluntad expresa y escrita de modificar el derecho de petición fecha 07/11/2017 adjunto en el acápite de petición por ésta razón de orden legal le solicitó dar por terminado el traslado temporal de la Regional Guajira a la Regional Atlántico a partir del día 30 de noviembre 2017 mi petición obedece por motivos de índole personal y familiar que me impiden continuar alejado de mi núcleo familiar.

Que atento a la respuesta al derecho de petición de fecha 07 de noviembre 2017 con la expedición del acto administrativo de terminación del traslado temporal en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo.

-Por lo anterior nos permitimos consultarle:

· Es necesario que verifiquemos o que se nos aporte algún documento por parte del trabajador del tema de su seguridad que pone en riesgo su vida.

· Teniendo en cuenta que en el traslado original a la Regional Guajira se realizó en virtud del artículo 67 de la Convención Colectiva de Trabajo, que lo contempla como un traslado especial y por tratarse de un traslado de un trabajador oficial sería necesario acudir al Comité Convencional Nacional de acuerdo a la Convención Colectiva.

· Al realizar de nuevo el traslado el SENA tendría que pagar las sumas determinadas en el artículo de la Convención Colectiva de Trabajo.

-Se deja constancia que las reflexiones respecto al asunto se abordan de manera general y corresponden a la información suministrada.

b) ANÁLISIS

-SERVIDORES PÚBLICOS: EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Según lo prescrito en el artículo [123](#) de la Constitución Política, el término “servidor público” es genérico, involucra los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales. Acto seguido, la Constitución Política de Colombia, establece en su artículo [125](#) lo siguiente:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los

aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Subraya fuera de texto)

La Ley [909](#) del 23 de septiembre de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, regula la carrera administrativa. Así el artículo [28](#) de la Ley 909, establece los principios que orientan el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa, entre los cuales se encuentra el mérito, entendido como: “Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”. La norma encita, establece en su artículo [50](#), establece la clasificación de los empleos de las entidades y organismos regidos por dicha Ley y consagra, como regla general, que los empleos son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas de acuerdo con su legislación. Además, señala los criterios para la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción.

El Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968, “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, en su artículo 50, define quienes son considerados empleados públicos y trabajadores oficiales, así entienden que quienes presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; ahora bien, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

El Decreto [770](#) del 17 de marzo de 2005, “por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley [909](#) de 2004”, consagra la definición del empleo de acuerdo con el artículo [20](#), así: “[...] el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”

Dentro del proceso de profesionalización de la Administración Pública, se ha buscado por parte de la legislación garantizar el ingreso y la permanencia en los empleos públicos previa comprobación del mérito, a través de los procesos de selección públicos y abiertos en los que se podrá participar sin discriminación alguna. Los empleos públicos se pueden proveer de manera definitiva, o de manera transitoria mediante encargo o nombramiento provisional.

El concurso de méritos tiene fundamento en el artículo [125](#) de la Constitución Política, y es un instrumento objetivo e idóneo que tiene como finalidad medir las capacidades, la preparación y las aptitudes de quienes aspiran a ocupar un cargo en el Estado para así poder seleccionar entre

los distintos aspirantes quienes demuestren un mejor desempeño. Este proceso debe ir acompañado de los criterios de imparcialidad, objetividad e igualdad, por cuanto su meta es ocupar las vacantes existentes en las entidades estatales que convocan con los concursantes que hayan obtenido el mayor puntaje.

Quienes superan el concurso de méritos son nombrados en un periodo de prueba, el cual si superan les permite ser servidores de carrera administrativa, brindando la estabilidad laboral que se pretendía.

Ahora bien la provisionalidad es un tipo de vinculación en calidad de empleado público provisional es una forma de proveer los cargos públicos, cuando se presentan vacancias y mientras los cargos son ocupados por el servidor de carrera administrativa. Estos cargos provisionales son transitorios y excepcionales, su fin es atender las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se proveen las vacantes a través del sistema de la carrera administrativa.

De otra parte, de acuerdo con el artículo [24](#) de la Ley 909 precitada, se tienen los conocidos encargos, los cuales se encuentran destinados a los empleados públicos de carrera, quienes una vez cumplan los requisitos podrán mejorar su situación de ingresos desempeñándose en un cargo superior a aquel del cual son titulares en carrera administrativa, mientras se provea el cargo.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968, señala:

ARTÍCULO 5o. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Dentro de las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial, tenemos:

- El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo;
- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.
- El régimen jurídico que se aplica a los empleados públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

- Con respecto al tema de fuero sindical, es importante señalar que el artículo [39](#) de la Constitución Política no hace diferenciación en esta materia y extiende derecho a empleados y trabajadores. Según la Ley 362 de 1997, “por la cual se modifica el artículo [20](#) del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral”, la jurisdicción del trabajo conoce, entre otros, de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos.

-TRASLADOS

Una forma de provisión definitiva de los empleos públicos, de acuerdo con el Decreto [1950](#) de 1973, es el traslado, el cual se produce cuando se provee un cargo en vacancia definitiva con un empleado en servicio activo, observando que el empleo a proveer tenga funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares. Igualmente, se presenta el traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares.

Conforme con el citado Decreto [1950](#) de 1973, las características del traslado son las siguientes:

El cargo al que se va a trasladar el empleado debe estar vacante en forma definitiva.

Los empleos deben ser de la misma categoría y tener funciones y requisitos afines o similares.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro.

Para realizar los traslados entre entidades, los jefes de cada una de estas deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

El traslado se puede hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los funcionarios interesados, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.

Se deben conservar los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio.

El traslado es procedente por necesidades del servicio, siempre y cuando no se desmejore al empleado en sus condiciones laborales, salariales y personales, especialmente en lo relacionado con la estabilidad de su núcleo familiar, salud y educación entre otros. Sin embargo, cada caso debe ser considerado individualmente frente a las condiciones que lo rodean.

El Consejo de Estado, en sentencia de octubre 30 de 1995 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente No. 7106, con ponencia del doctor Diego Younes Moreno, se pronunció señalando: “[...] Como la demanda, el fallo y el recurso de impugnación, se circunscriben al alcance del artículo [30](#) del Decreto 1950 de 1973 en lo que se refiere a que la administración puede efectuar el traslado de un empleado por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado”. Igualmente, se advirtió que esas condiciones de favorabilidad las cumple la administración respetando el cargo, el nivel

jerárquico y el grado salarial como condiciones objetivas, sin tener en cuenta los aspectos subjetivos que pueda sufrir el empleado con ocasión del traslado, es esta la oportunidad para examinar dicha figura jurídica.

-CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO-SENA

La Constitución Política señala como argumento de la Negociación Colectiva en su artículo [55](#):

ARTÍCULO [55](#). Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo-CST en su artículo [467](#), define la Convención Colectiva de Trabajo así: “(...) es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”

En este orden de ideas, la Convención Colectiva de Trabajo, es un contrato entre dos o más partes con capacidad legal para obligarse, suscrito por un empleador y los trabajadores, representados por un sindicato, con el fin de pactar las condiciones que regirán los contratos de trabajo existentes o que en el futuro se llegaren a celebrar; además es una excepcional fuente del derecho laboral colectivo, toda vez que mediante su celebración se superan las mínimas condiciones de trabajo reguladas por la ley laboral, a tal grado que lo previsto en una legislación puede ser modificado normativamente con la simple voluntad de las partes; exceptuando disposiciones de orden público.

En el SENA, se suscribió el 25 de marzo de 2003, la Convención Colectiva de Trabajo, que rige para el personal de trabajadores oficiales al servicio de la Entidad, por el término de dos (2) años a partir del 1 de enero del 2003 y hasta el 31 de diciembre del 2004; convención colectiva vigente a la fecha. El artículo 67 de esta Convención dispone:

ARTÍCULO 67. TRASLADO DE TRABAJADOR OFICIAL EN CASOS ESPECIALES.

Cuando por razones ajenas al Trabajador Oficial relacionados con problemas de orden público o salud, que afecten su estabilidad laboral o familiar, debidamente comprobadas, éste deba ser trasladado a una sede diferente a la de su domicilio, el SENA pagará los gastos de traslado del trabajador y su familia y una bonificación equivalente a tres (3) meses del salario que devengue el trabajador en el momento de hacerse efectivo el traslado. Así mismo le resolverá su situación de vivienda conforme al Acuerdo vigente sobre la materia. (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con el artículo anterior para el traslado del trabajador oficial en estos casos especiales, debe contarse con los siguientes presupuestos:

- 1) Que las razones del traslado sean ajenas al trabajador oficial
- 2) Que se relacionen con problemas de orden público o salud
- 3) Que afecten su estabilidad laboral o familiar
- 4) Que dichas razones estén debidamente probadas

En este orden de ideas, una vez dados los supuestos, se presenta el traslado a sede diferente a la del domicilio del trabajador oficial, el cual involucra que el SENA corra con los gastos de traslado del trabajador y su familia; y una bonificación equivalente a 3 meses del salario que devengue el trabajador en el momento de hacerse efectivo el traslado.

Específicamente en el caso de traslado por problemas de orden público o salud, al exigirse que se encuentran probados los problemas en forma debida, esto hace referencia a la conducencia y pertinencia de la prueba, expedida por quien tenga la competencia para tales efectos. En este orden de ideas, la prueba idónea en el caso de situación de problemas de orden público, que involucran amenazas, son evaluadas en un esquema de seguridad que actualmente administra la Unidad Nacional de Protección-UNP, para tal efecto se evalúan las circunstancias que rodean el riesgo y si este o la amenaza subsisten.

Señala la Unidad como "La protección de los derechos a la vida, libertad, integridad y seguridad personales, de grupos, comunidades y personas en riesgo extraordinario o extremo como consecuencia directa del ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias, o por el ejercicio de su cargo, se constituye en una grave problemática que afronta el Estado, particularmente en la historia reciente de nuestro país. Por ello la Contraloría General de la República en cumplimiento de sus funciones Constitucionales y legales realizó seguimiento sobre las acciones emprendidas por la Unidad Nacional de Protección para atender el tema en relación con los esquemas de protección."

En todo caso, la medida de protección subsiste si se mantiene el riesgo, así el soporte que se tuvo en cuenta para el traslado del trabajador oficial que informó amenazas en contra de su vida debe ser el mismo en el que conste que tal situación de riesgo desapareció o se superó, pues habrán de garantizarse los derechos del trabajador oficial, específicamente su derecho a la vida. En otras palabras, es el competente para evaluar la situación de riesgo y seguridad quien define su existencia y su desaparición y normalización de la situación. Así la norma convencional exige que para conceder el traslado, se encuentre debidamente soportado el caso especial, en donde se trata de razones de traslado ajenas al trabajador oficial sindicalizado, relacionadas con problemas de orden público o salud; que afectan su estabilidad laboral o familiar.

De otra parte, en cuanto al traslado y el Comité Convencional Nacional, señala la precitada Convención Colectiva lo siguiente:

ARTÍCULO 50. TRASLADO HORIZONTAL. Previo concepto del correspondiente Comité Convencional, el SENA podrá efectuar, dentro de la misma categoría salarial, los traslados horizontales que considere necesarios o aquellos que sean solicitados por escrito por el trabajador interesado y reúna los requisitos exigidos (exceptuando la experiencia), sin que implique desmejoramiento de sus condiciones de empleo.

Es pertinente recordar, que se denomina movilidad funcional de un empleado o trabajador, cuando no cambiando la naturaleza de su trabajo varía el lugar o la sede donde se desarrolla el mismo, se trata entonces de un cambio de lugar de trabajo, que en su mayoría obedece a una decisión unilateral del empresario.

Cuando se hace referencia a la movilidad funcional horizontal estamos hablando de que el trabajador, manteniendo su categoría profesional y su estatus salarial puede pasar a otro departamento para desempeñar otras funciones. El trabajador en esa movilidad horizontal sigue teniendo reconocida su titulación académica. Para que se lleve a cabo la movilidad horizontal no

es necesario que haya una causa legal si es necesario que se respeten los principios de buena fe y no discriminación.

A pesar de que la movilidad horizontal puede ser aplicada unilateralmente por el empresario, este cambio del puesto de trabajo del empleado no puede ser arbitrario y absoluto, sino que hasta cierto punto tiene que estar justificada por la necesidad en lo que respecta a producción o mejor dicho, la necesidad del servicio; en otras palabras la decisión empresarial de cambiar a un empleado tiene que estar justificada con el fin de evitar motivos que vulneren sus derechos. La movilidad funcional tiene unos límites que son: los derechos económicos del trabajador, los derechos profesionales del trabajador, promoción y formación profesional, titulaciones académicas o profesionales y pertenencia a un grupo profesional del que el trabajador no puede ser removido.

En este orden de ideas, cuando se efectúe un concepto en virtud de un traslado horizontal en los términos planteados por la norma convencional, que puede ser a instancias de la Entidad o del trabajador, que cuenta con los requisitos y sin desmejorar la situación, se necesita concepto previo del Comité Convencional.

c) CONCLUSIONES

-La Convención Colectiva del SENA consagra un traslado en casos especiales con una erogación por parte de la Entidad para tales efectos, en los términos planteados.

-La misma Convención establece la necesidad de un concepto previo en el caso de traslados horizontales, no así en el caso de traslados por casos especiales, dada la naturaleza de los mismos. La evaluación de la existencia y subsistencia o desaparición del riesgo estará a cargo de quienes tienen asignada tal función, dada la alegación de situaciones de salud o de orden público, para su procedencia.

-En este orden de ideas, cuando se efectúe un concepto en virtud de un traslado horizontal en los términos planteados por la norma convencional, que puede ser a instancias de la Entidad o del trabajador, que cuenta con los requisitos y sin desmejorar la situación, se necesita concepto previo del Comité Convencional.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

