



Función Pública

Concepto 080321 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000080321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000080321

Fecha: 17/02/2022 11:18:57 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: TRABAJADORES OFICIALES. Fuero sindical. Radicado: 20222060006322 del 5 de enero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

"a). Indicar si es procedente que el trabajador continúe con el Fuero sindical pese a que la autoridad judicial aun no lo ha definido.

b). Indicar si es procedente efectuar el reintegro del trabajador al cargo que venía desempeñando.

c). Indicar si es posible empezar a pagar salarios y prestaciones sociales al señor Harold ROSSEMBER CAMEJO MORENO siendo que su proceso penal aún no se ha terminado con sentencia judicial" (copiado del original).

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente sobre la materia, así:

El trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo para desarrollar actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (Decreto Ley 3135/1968). Su régimen jurídico, en principio, de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales. En este entendido, la relación contractual de los trabajadores oficiales es reglada por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015; razón por la cual, las condiciones laborales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, que al respecto indica:

ARTÍCULO 2.2.30.3.5. Incorporación de cláusulas favorables al trabajador. En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la entidad, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren

más favorables para el trabajador.

De acuerdo a los apartes señalados, se precisa que, dentro de las condiciones laborales, se tienen en cuenta las cláusulas pactadas en las convenciones colectivas o en los fallos arbitrales, así como, en las normas del reglamento interno de trabajo siempre que sean más beneficiosas para el trabajador. De no existir reglamentación expresa en dichos instrumentos se regirán por las disposiciones de la Ley 6 de 1945 y del Decreto 1083 de 2015.

El citado Decreto 1083 de 2015, adicionalmente, respecto a las causales de suspensión, sus efectos, y la terminación por justa causa de los contratos de trabajo, entre otras, establece:

ARTÍCULO 2.2.30.6.8. *Suspensión del contrato de trabajo.* El contrato de trabajo se suspende:

(...)

Por detención preventiva del trabajador, seguida de sentencia absolutoria, o por arrestos correccionales que no excedan de ocho días y cuya causa no justifique la extinción del contrato de trabajo.

(...)

ARTÍCULO 2.2.30.6.10. *Efectos de la suspensión.* La suspensión de los contratos de trabajo no implica su extinción. Salvo convención en contrario, durante el período correspondiente se suspende para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el empleador la de pagar los salarios de ese lapso, y la de asumir los riesgos que sobrevengan durante la suspensión, excepto el pago del seguro de vida y el auxilio funerario, a que haya lugar de acuerdo con la ley, y las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a enfermedades o accidentes que hayan originado la suspensión. El tiempo durante el cual esté suspendido el contrato de trabajo, podrá ser descontado por el empleador del cómputo de los períodos necesarios para ciertas prestaciones, como vacaciones, auxilios de cesantía y pensiones de jubilación, pero no hará perder el derecho a tales prestaciones.

(...)

ARTÍCULO 2.2.30.6.12. *Terminación del contrato por justa causa.* Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso:

Por parte del empleador:

(...)

La detención preventiva del trabajador, por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aún por un tiempo menor cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato, y

(...)

ARTÍCULO 2.2.30.6.15. *Pago de salarios e indemnización por terminación.* Fuera de los casos a que se refieren los artículos 2.2.30.6.11, 2.2.30.6.12, 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

De acuerdo a lo anterior, hay lugar a la suspensión de los contratos de trabajo, entre otras, cuando el trabajador haya sido detenido por 8 días o menos. En este caso, hay dos implicaciones, una, la suspensión de prestar el servicio y, dos, el reconocimiento y pago de los salarios. Cuando la detención sea superior a los 30 días hay lugar a la terminación del contrato caso en el cual, no hay lugar al reclamo de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo y/o a la indemnización de perjuicios a que haya lugar. En este entendido, y de acuerdo con su comunicación, el trabajador estuvo detenido desde el 17 de diciembre de 2020 y hasta el 14 de diciembre de 2021, fecha en la cual fue dejado en libertad por vencimiento de términos, en otras palabras, y de acuerdo a la normativa que precede como su detención fue por más de 30 días era causal para dar por terminado el contrato y no, haberlo suspendido. Sin embargo, y dado el fuero sindical que ostenta se precisa el siguiente fundamento legal:

El artículo 405 del Código Sustantivo de Trabajo define el fuero sindical, como:

ARTICULO 405. DEFINICION. Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Por su parte, el artículo 406 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, establece quienes están amparados por el fuero sindical. El párrafo 1° ibidem dispone los servidores públicos que gozan de la garantía del fuero sindical y, exceptúa a quienes ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Ahora bien, respecto al retiro de empleados públicos con fuero sindical, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-203 de 2004, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, afirma:

El interrogante que se plantea entonces consiste en determinar si en los casos de supresión de cargos públicos, debido a la ejecución de un proceso de reestructuración de pasivos, la entidad pública debe o no acudir previamente ante el juez laboral con el propósito de que sea levantado el fuero sindical, es decir, para que sea un funcionario judicial quien decida si tuvo o no ocurrencia una justa causa. La Sala de Revisión, siguiendo la jurisprudencia sentada por la Corte, considera que la respuesta es afirmativa, por las razones que pasan a explicarse.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 362 de 1997, no existe duda alguna sobre la necesidad de la autorización judicial para afectar el fuero sindical de los empleados públicos. Más recientemente, en sentencia T-731 de 2001, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, esta Corporación consideró lo siguiente:

Al respecto es necesario resaltar que la ley en ningún momento establece que el permiso judicial previo para despedir trabajadores aforados no se aplique a los casos de reestructuración de entidades administrativas. Por el contrario, la garantía del fuero sindical, expresamente reconocida en el artículo 39 de la Constitución, así como el derecho de asociación sindical son aplicables también a los servidores públicos. Al respecto, la Corte se pronunció, mediante la Sentencia C-593 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual declaró inexecutable el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que dicha disposición restringía el fuero sindical para quienes fueran empleados públicos. En dicha oportunidad, la Corte puso de presente la necesidad de un desarrollo legislativo que regulara lo referente al fuero sindical de esta categoría de trabajadores. (Subrayado fuera de texto)

En sentencia T-1334 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, esta Corporación refirió:

Acorde a lo anterior, se considera que si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, esta no puede ser calificada motu proprio por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la desvinculación del servidor público en forma legal; de lo contrario, dicha omisión generaría una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical, para cuya protección no debe acudirse a la acción de tutela sino al mecanismo judicial idóneo y eficaz establecido por la ley, como lo es la acción de reintegro.

Adicionalmente, en sentencia T-1189 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, la Corte abordó el tema de la acción de reintegro frente a la supresión de entidades públicas, en los siguientes términos:

Vale decir, en los casos de supresión de una entidad estatal no resulta viable la acción de reintegro por sustracción de materia, a menos que la entidad suprimida sea sustituida por otra que comporte los mismos propósitos y funciones de la anterior. Evento en el cual la antigua planta de personal apenas si experimentaría una novedad que no implica solución de continuidad en la existencia de los cargos o empleos, sin perjuicio del cambio de denominación que pueda darse sobre los mismos. Por contraste, en los casos de simple reestructuración o modificación de plantas de personal el retiro de los servidores públicos aforados deberá ajustarse a las reglas del C.P.L., es decir, a la previa autorización del juez del trabajo, siendo por tanto procedente la acción de reintegro en los términos de ley.

En sentencia T- 1061 de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, sobre la acción de reintegro, afirmó:

Como se aprecia, las normas que consagran el fuero sindical no son simples normas programáticas. Son disposiciones jurídicas garantistas (antes de carácter legal y ahora con respaldo constitucional) que se traducen en la imposibilidad de despedir o trasladar o desmejorar al trabajador aforado sin previa autorización judicial”.

En este orden de ideas, la Sala de Revisión considera que en los casos de reestructuración de pasivos de entidades públicas, la Administración tiene el deber de acudir previamente ante el juez laboral cuando quiera que sea necesario suprimir un cargo que viene siendo ocupado por un trabajador aforado. Así pues, el funcionario judicial determinará si el proceso de reestructuración constituye o no una justa causa para levantar la garantía constitucional del fuero a un dirigente sindical.

De tal suerte que no tramitar previamente una autorización judicial para despedir al trabajador aforado, incluso en los casos de reestructuración de pasivos, constituye una omisión que genera una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindicales.

De acuerdo a la jurisprudencia transcrita, para todos los eventos, el levantamiento del fuero sindical es obligatorio tramitarlo ante el juez laboral, frente a este punto, es importante resaltar que si bien, ya se está tramitando tal demanda, corresponde a la respectiva entidad, solicitar al juez laboral la urgencia de su solicitud.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, se reitera lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016 en cuanto, las atribuciones de este Departamento Administrativo no comportan, de manera alguna, la definición de situaciones particulares ocurridas al interior de las entidades. Por ende, las respuestas a su consulta harán referencia al fundamento legal previamente descrito, sin que por este hecho las mismas, se encaminen a decidir en cada caso lo particular; por cuanto, tal competencia se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Hecha esta aclaración, a continuación, nos referiremos a cada uno de los interrogantes propuestos en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

El retiro de un trabajador oficial que goza de fuero sindical procede una vez que este se autorice por parte del juez laboral, a quien le corresponde determinar si existe justa causa para efectuar dicho retiro. Así las cosas, y como se encuentra incurso una demanda al respecto, se le sugiere, presente un requerimiento al juez laboral manifestando la urgencia de su situación.

El reintegro al servicio de un trabajador detenido por orden judicial, está determinado por lo que el juez o fiscal haya determinado en la orden impartida en el caso particular. De igual manera, y aun cuando se cuente con un fuero sindical, no es claro para esta oficina, cual fue la decisión final de la oficina de control interno disciplinario frente a la investigación disciplinaria por la presunta conducta delictiva del trabajador. Por ende, corresponde a la autoridad nominadora revisar el caso en particular a fin de determinar si resulta procedente efectuar un reintegro a las labores.

Igual que la conclusión anterior, corresponde al fiscal o al juez penal determinar si en este caso, resulta procedente efectuar tanto el reintegro como el proceder a reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir durante la suspensión. De igual manera, y salvo que exista determinación en contrario contenida en algunos de los instrumentos negociados por los trabajadores oficiales, el Decreto 1083 de 2015 incluye la terminación del contrato por detención superior a 30 días e infiere que el hecho de estar incurso en esta causal, no le da lugar al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar. En todo caso, compete a la autoridad nominadora determinar lo que procede por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su trabajador.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«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»

«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»

«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

Adicionalmente, la sentencia [T-731](#) de 2001 señala lo siguiente: “El retiro del servicio de los trabajadores aforados requiere previa autorización judicial, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, y por lo tanto, mal pudo el Tribunal establecer una excepción a dicha regla. Cosa diferente es que la causal de despido encuentre un fundamento legal válido en la decisión de las autoridades competentes de reestructurar una entidad pública. Sin embargo, la administración no puede calificar unilateralmente la configuración de una causal y por lo tanto, no exime a la entidad de solicitar el permiso judicial previo.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:19:42