



Concepto 159651 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000159651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000159651

Fecha: 28/04/2022 04:46:34 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO. Terminación del vínculo laboral para el trabajador oficial por abandono del cargo. RADICACIÓN: 20229000125182 Del 16 de marzo de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta los siguientes interrogantes:

"1. Es viable jurídicamente la suspensión del contrato de trabajo del trabajador aforado por no presentarse a trabajar?

2. Es viable jurídicamente el despido del trabajador previo levantamiento del fuero sindical por no presentarse a trabajar?

3. ¿En todo caso? existe lineamiento jurídico acerca del tratamiento que debe darse en caso de la ausencia al puesto de trabajo por amenazas de muerte?"

Con el fin de dar respuesta a su primer y segundo interrogante es oportuno indicar el régimen jurídico laboral de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se encuentra establecido en el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968¹, el cual señala:

ARTICULO 5. 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. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior puede afirmarse que por regla general la clase de vínculo de quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es la de trabajadores oficiales.

En los estatutos internos de la entidad deben precisarse cuáles actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Se precisa que el empleado público se vincula a la administración mediante una modalidad legal o

reglamentaria y el acto se concreta en el nombramiento y la posesión. En esta modalidad el régimen del servicio está previamente determinado en la ley; por regla general el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro se rigen por el sistema de carrera administrativa.²

De lo anterior, se deduce que la relación laboral del trabajador oficial tiene implicaciones bilaterales, esto es, significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar las condiciones de trabajo, la jornada laboral, los salarios, los términos de duración del contrato, que bien pueden hacerse realidad individualmente o mediante convenciones colectivas firmadas con los sindicatos de este tipo de servidores.

En ese sentido, los trabajadores oficiales, se rigen por lo establecido en el contrato de trabajo, por la convención colectiva de trabajo, los pactos arbitrales y el reglamento interno de trabajo, por lo que para determinar sus situaciones administrativas, causales de suspensión o de terminación de su contrato, se considera procedente que el interesado acuda a dichos instrumentos y en lo no previsto en ellos se regirán por lo establecido en la Ley 6^a de 1945 y el título 30 del Decreto 1083 de 2015.

Ahora bien, en caso de no estar reglamentado dentro de los documentos anteriormente citados, se aplicarán las disposiciones de la Ley 6 de 1945³ y el Decreto 1083 de 2015.⁴

Así las cosas, sobre la suspensión del contrato de trabajo el Decreto 1083 de 2015 dispone:

- ARTÍCULO 2.2.30.6.8 Suspensión del contrato de trabajo. El contrato de trabajo se suspende:
1. Por fuerza mayor o caso fortuito no imputable al empleador, cuando traiga como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión del trabajo.
 2. Por la muerte del empleador, o su incapacidad comprobada, cuando traigan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión temporal del trabajo.
 3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, por razones técnicas o económicas, en cuanto no se afecten los derechos emanados de contratos a término fijo, siempre que se avise a los trabajadores la fecha precisa de la suspensión o clausura, con antelación no inferior a un mes, mediante carteles fijados en dos sitios visibles del lugar del trabajo, o que se les paguen los salarios de un mes y siempre que además, la reanudación de las labores suspendidas se efectúe, con sustitución de empleador o sin ella, dentro de los ciento veinte días siguientes.
 4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador, o por suspensión disciplinaria.
 5. Por ser llamado el trabajador a prestar en filas su servicio militar obligatorio.
 6. 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.
 7. Por incapacidad por enfermedad. La suspensión en estos casos podrá ser hasta por ciento veinte días.
 8. Por huelga lícita declarada con sujeción a las normas de la ley."

De lo anterior y para dar respuesta puntual a su primera consulta, se debe precisar que para que proceda la suspensión del contrato de trabajo la norma contempla de manera expresa las circunstancias para que proceda la misma, por lo que dado que en dicho listado no se encuentra la de Amenaza del trabajador, no es procedente en criterio de esta Dirección Jurídica la suspensión del contrato de trabajo.

No obstante, la determinación si es procedente o no la suspensión del contrato de trabajo, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Respecto a su segunda consulta, sobre la viabilidad del despido del empleado, el Decreto 1083 de 2015 autoriza únicamente bajo los siguientes parámetros:

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:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión.
2. Toda falta de honradez y todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador, durante sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los demás trabajadores del establecimiento o empresa.
3. Toda falta de honradez y todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia, de sus representantes y socios, o de los jefes de taller, vigilantes o celadores.
4. Todo daño material causado intencionalmente a la otra parte, a los edificios, obras, maquinarias, materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas.
5. Todo acto inmoral que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o fuera de estos sitios, cuando revelen falta de honradez y sean debidamente comprobados ante autoridad competente.
6. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
7. La detención preventiva del trabajador, por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que excede 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
8. Por destitución como consecuencia de un proceso disciplinario."

De acuerdo con la norma transcrita, para que procesa la terminación del contrato d trabajo por parte del empleador, se deben configurar alguna de las situaciones arriba transcrita, por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica, esta potestad procede únicamente bajo los supuestos anterior, por lo que le corresponde a la entidad realizar un análisis interno para determinar si es procedente o no dar por terminado el contrato de trabajo.

Siguiendo el orden de sus preguntas, se permite indicar esta Dirección que con ocasión al tercer interrogante, se debe precisar que en el primeramente la entidad se debe remitir a los documentos mencionados que rigen el vínculo laboral (contrato de tratado, reglamento interno, pacto o convención en caso de existir) en caso de no existir, es preciso indicar que para que procedan la adopción de las medidas de protección a favor de los servidores públicos que se encuentren frente a una amenaza probada se deberá acudir a lo previsto en la Ley 387 de 1997⁵, la Ley 962 de 2005⁶ y demás que regulan sobre la materia.

Aunando a las disposiciones citadas la Corte Constitucional mediante sentencia T-339 de 2010 se pronunció sobre la protección de los empleados en situaciones de amenaza de la siguiente manera:

"Para exigir la protección del derecho a la seguridad personal, el actor debe probar, al menos sumariamente, los hechos que demuestran o permiten deducir que se encuentra expuesto a una amenaza. En esta medida, debe acreditar: a) la naturaleza e intensidad de la amenaza respecto de la cual se pide protección y; b) que se encuentra en una situación de vulnerabilidad o especial exposición a la materialización del inicio del daño consumado. Respecto a este último punto, se hace necesario advertir que este derecho adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, deben recibir especial protección constitucional en la medida en que están expuestas a amenazas de una intensidad tal que es altamente factible que éstas se materialicen. Dentro de estos sujetos se encuentran los reinsertados, pues se trata de un grupo de personas que está en una situación de especial vulnerabilidad debido su posición en el conflicto interno y en el contexto político. También pueden hacer parte de estos sujetos los defensores de derechos humanos, pues el Estado tiene frente a ellos un deber de especial protección debido al clima generalizado de intolerancia y violencia al que son sometidos por dedicarse a la promoción de las garantías y derechos básicos del ser humano."

Aunado a lo anterior la Corte Constitucional en Sentencia T-120 de 1997 señaló:

"... Ahora bien: la protección que debe proporcionar la administración al funcionario amenazado gravemente en su vida por terceros, incluye no sólo el traslado, sino la actividad diligente de la administración en minimizar la exposición de la persona a la contingencia de que se cumplan las amenazas. Así lo consideró esta Corte en la Sentencia T-160 de marzo 24 de 1994, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz:" (subrayado fuera del texto).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en análisis de los presupuestos presentados en sentencia T- 282 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, determinó:

"De conformidad con lo señalado por el Artículo 2º de la Carta Política, corresponde a las autoridades de la República asumir la protección de todas las personas residentes en el país, en lo concerniente a su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Es así como, el Estado, representado a través de sus diferentes instituciones, debe asumir su obligación constitucional de dar y garantizar la protección que requieran los administrados, y en nuestro caso en particular, deberá propender porque la vida sea eficazmente protegida (...)" (subrayado fuera del texto).

De conformidad con la jurisprudencia citada, la administración cuenta con la facultad constitucional y legal para adelantar acciones que deriven en la protección de los derechos de los empleados públicos víctimas de desplazamiento forzado legalmente establecidas, para proceder efectuar mecanismos como; traslados o permutas de empleados.

De otra parte y respecto a la situación de amenaza y desplazamiento forzado por la que un servidor se puede ver sometido en ciertos territorios, por la situación de orden público y en ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado en concepto con Radicación No. 1528 del 15 de agosto de 2002, al pronunciarse sobre la situación de los empleados públicos víctimas de desplazamiento y desaparición forzada, en cita in extenso señaló:

"(...)

No se ha referido, pues de manera concreta, el legislador al reconocimiento y pago de salarios de empleados públicos desplazados por la violencia. Sin embargo, principios orientadores de la interpretación y alcance de los derechos que los protegen, como los de " acceder a soluciones definitivas de su situación" y el de "regreso a su lugar de origen", amén de la responsabilidad del Estado de adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado y la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, conducen a la Sala a considerar que aquél está obligado a neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia, a través de medidas que garanticen a los empleados públicos desplazados, medios necesarios para proveer sus propias formas de subsistencia, a través de la reincorporación a la vida laboral y su retorno voluntario a su zona de origen o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento. El Estado, pues, está en el deber de asumir una posición activa hasta tanto se logre la consolidación y estabilización socioeconómica del desplazado, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento. En el caso concreto de los empleados públicos, víctimas de desplazamiento forzado por razones de violencia, de coacción injusta ejercida sobre ellos por los grupos armados al margen de la ley y de los continuos enfrentamientos entre la Fuerza Pública y éstos, hace necesario adoptar medidas para su protección, entre las cuales se destaca el traslado o la reubicación, con suficiente justificación constitucional, si se tiene en cuenta que es finalidad del Estado garantizar la efectividad de todos los derechos de los coassociados, entre ellos, la vida, la igualdad - en tanto se garantiza la misma protección y trato de las autoridades -, la paz, la libertad, los de libre circulación y residencia, el derecho al trabajo y el de no ser molestado en su persona o familia - arts. 11, 13, 22, 24, 25 y 28 de la C. P. -. Esta norma parte de varios supuestos: 1. debe tratarse de un empleado escalafonado, amenazado en su vida e integridad personal, derecho fundamental que se privilegia frente a la garantía del ejercicio de las respectivas funciones, puesto que la orden de reubicación debe cumplirse "en una sede distinta a aquella donde se encontraba ubicado"; 2. contempla la autoridad competente para decidir acerca de la reubicación; 3. prevalece el derecho a la reubicación frente a los derechos derivados de las formas de provisión de los empleos de carrera, esto es, el nombramiento en período de prueba o por ascenso - art. 7º ibidem -, lo cual implica la existencia de vacante. Además, por la remisión que hace el artículo 87 de la ley en cita a las disposiciones que regulan el régimen de administración contenidas en los decretos 2400 y 3074 de 1968, es viable efectuar traslados, conforme al artículo 29 del decreto 1950 de 1973. Debe tenerse en cuenta que aunque el desplazamiento por razones de violencia, respecto de los empleados públicos escalafonados puede generar una vacancia temporal mientras son reubicados , este lapso no constituye abandono del cargo (arts. 126 del decreto 1950 de 1973 y 37.g) de la ley 443 de 1998), en la medida en que el servidor deja de concurrir al trabajo por una causa justificada - fuerza mayor -, de manera que establecidos los presupuestos del tipo penal contenido en el artículo 180 del Código Penal, la Comisión Nacional de Servicio Civil deberá ordenar la reubicación. Mientras ésta entra a operar, el nominador, previa comprobación de las amenazas, en aras de salvaguardar la vida del empleado, además de la reubicación si tal determinación está dentro de su competencia, también pueden acudir a alguna de las otras situaciones administrativas a que alude el decreto 1950 de 1973, tales como la licencia o las vacaciones - que conllevan transitoriamente la separación del ejercicio del cargo -, el encargo en sus diferentes modalidades; o a las comisiones de servicio, de estudios, el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción, o atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o entidades particulares - previa autorización del gobierno nacional - arts. 34, 58, 60, 75, 79, 82, 92 y concordantes -. Ahora, la protección estatal para los desplazados por razones de violencia, en una cultura humanística, encuentra su razón de ser, entre otras, en el principio de solidaridad - art. 95 de la Carta - el cual, en el caso de los empleados públicos de carrera, reviste una modalidad atenuada, pues estos deben continuar prestando sus funciones en otra sede, de manera que su manifestación - como se anotó - privilegia no la función pública en sí misma, sino el derecho a la vida y a la integridad personal. Bajo esta óptica y dado que el artículo 71 de la ley 443 sólo autoriza la reubicación de los empleados públicos inscritos en carrera administrativa, surge el interrogante acerca del tratamiento que debe darse a los empleados públicos no escalafonados. La Sala encuentra que la norma aludida sólo podía regular la materia propia de la carrera dada su especialidad. Sin embargo, surgen varios hechos relacionados con los empleados públicos no inscritos víctimas de desplazamiento forzado, que deben sopesarse. En efecto:

El desplazamiento, si bien genera una vacancia temporal, no constituye abandono del cargo, pues existe justa causa fundada en la fuerza

mayor. - Por tanto, manteniéndose la calidad de servidor, la relación laboral subsiste, al no configurarse ninguna causal de retiro. - Aunque no existe norma expresa que ordene la reubicación, ella puede solicitarse y ordenarse para proteger el derecho a la vida. Sería el caso de empleados de libre nombramiento y remoción del orden nacional o departamental, por ser probable tal posibilidad en dichos niveles por ser amplia la planta de personal y contar con oficinas en diversas partes. Igualmente, en el caso de los municipios es dable que el alcalde despache en otra jurisdicción y que ordene la reubicación de los empleados "en otra sede". Salta a la vista, la tensión existente entre la facultad discrecional de libre remoción, condicionada al sentido de oportunidad y conveniencia de la administración para el logro de los fines del Estado, que siempre son los del bien común, y el cumplimiento de los deberes sociales del mismo, aunado a la garantía y efectividad de los derechos de los asociados. En este orden de ideas, podría concluirse, en principio, que el interés general prevalece frente a esta tensión, pues de por medio se encuentra el cumplimiento de la función pública. Sin embargo, deben tenerse en cuenta, para efectos de dilucidar el asunto, varias circunstancias que deberán ser sopesadas en cada caso concreto por el nominador: la ausencia del empleado con ocasión del desplazamiento forzado, no constituye causa de ruptura, per se, de la relación laboral y por el contrario produce vacante temporal por fuerza mayor, lo cual justifica la ausencia del empleado. Así las cosas, el ejercicio de la facultad discrecional de remoción está mediado por estas circunstancias y, por tanto, las razones de oportunidad y conveniencia deben contrastar el peso de los intereses de la administración con la garantía de dos derechos fundamentales: el de la vida y el del trabajo. De esta manera el nominador al adoptar su decisión deberá ajustarse a las más estrictas exigencias de justicia al balancear las circunstancias de oportunidad y conveniencia, pues el acto administrativo respectivo está sujeto al control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa; así, es aconsejable dar aplicación al artículo 26 del decreto 2400 de 1968, en cuanto dispone la obligación de dejar constancia de las causas que originaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, pues ellas serán relevantes en el proceso judicial. De otra parte, la provisión del cargo desempeñado por un empleado en las condiciones anotadas dependerá de si existe o no vacancia absoluta, lo cual se supedita a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento. En la situación de vacancia temporal, podrá darse el encargo (artículos 24 a 37 del decreto 1950 de 1973). Por último, se aclara que la reubicación tiene por efecto producir vacante absoluta, dada la posesión en el nuevo cargo. Es preciso señalar que el Estado tiene la obligación permanente de garantizar, en caso de insubsistencia, por adquirir el empleado la calidad de desplazado, su consolidación y estabilización socioeconómica, en el lugar de origen o en las zonas de reasentamiento (artículo 18 de la ley 387 de 1997). Si no es procedente la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, una vez establecida las condiciones que afectan la seguridad del empleado desplazado, se debe garantizar el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales hasta tanto sea efectiva la protección del Estado, que haga cesar la situación de amenaza contra el derecho fundamental a la vida que pesa sobre aquél y que le impide desempeñar sus funciones. (Subrayado fuera de texto)

Dicho lo anterior la Sala concluyó:

"1. Los empleados públicos desplazados por la violencia y desaparecidos tienen derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta consulta.

2. Para el caso del empleado víctima de desplazamiento forzoso de libre nombramiento y remoción, el pago debe efectuarse hasta tanto las garantías brindadas por el Estado le permitan reincorporarse a sus funciones. Quien sea separado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia tendrá derecho a la protección prevista en el artículo 18 de la ley 387 de 1997, hasta que opere su consolidación y estabilización socioeconómica.

Los empleados públicos víctimas de desaparición forzada tienen derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones hasta por el término de dos (2) años de conformidad con el párrafo 1º del artículo 10 de la ley 589 de 2000.

3. El régimen que regula las situaciones administrativas se aplica a los empleados desplazados.

4. La provisión del cargo del empleado de carrera desplazado es viable pues la reubicación tiene por efecto producir vacancia absoluta. Respecto del empleado de libre nombramiento y remoción cuya reubicación no sea posible, puede disponerse el encargo hasta tanto permanezca en vacancia temporal. Si se produce vacancia definitiva por declaratoria de insubsistencia del nombramiento existe disponibilidad del cargo."

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica le corresponde a la entidad en el evento de no contemplar dentro de los documentos internos sobre las situaciones de amenazas, deberá acatar los lineamientos planteados y las disposiciones sobre la protección a los servidores públicos contempladas en especial por la Ley 387 de 1997 y la Ley 962 de 2005.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

Lo anterior se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 Decreto Ley 3135 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."

2 Con el fin de profundizar en el tema de las diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial Le sugerimos consultar el texto "Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales", Tomo 1 del autor Jairo Villegas Arbeláez.

3 Ley 6 de 1945 Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

4 Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

5 Ley 387 de 1997 Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

6 Ley 962 de 2005 Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:40