



Función Pública

Concepto 138201 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000138201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000138201

Fecha: 10/04/2023 07:59:34 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUERO SINDICAL. Levantamiento. EMPLEO. Posesión. Radicado: 20239000151622 del 8 de marzo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

“El gerente de la empresa donde laboraba dio por terminado mi vinculación laboral, sin previo aviso como tampoco fui notificado de esta decisión, además en el momento en que fui retirado, era miembro activo de la junta directiva de la organización sindical a la que pertenecía, lo que indica que me encontraba aforado. Además, esta persona fungió como gerente sin haber tomado posesión del cargo. ¿Quisiera saber, si la decisión de esta persona es legal?” (Copiado del original con ajustes de forma).

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 dado que no es clara su vinculación con la empresa, si es como empleado público o trabajador oficial, nos referiremos con relación a la normativa vigente sobre la obligatoriedad de levantar el fuero sindical para despedir un aforado, así como, la exigencia de tomar posesión de un cargo para ejercer las funciones propias que se le atribuyen:

En lo relativo al levantamiento del fuero sindical previo al despido de quienes están aforados, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 12 de la Ley 584 de 2000¹ se ha pronunciado sobre el tema en diferentes

oportunidades, las cuales me permito transcribir, para su conocimiento y fines pertinentes:

La Sentencia T-731 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, precisa:

El retiro del servicio de empleados públicos y trabajadores oficiales amparados con fuero sindical requiere previa autorización judicial. 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.

La Sentencia T-1334 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, establece:

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 acudir a la acción de tutela sino al mecanismo judicial idóneo y eficaz establecido por la ley, como lo es la acción de reintegro.

La Sentencia T- 1061 de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, en relación con la acción de reintegro de fuero sindical:

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.”

La Sentencia T-1046 de 2006, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, sostuvo:

En principio, quebranta el ordenamiento constitucional el empleador que, sin contar con previa autorización judicial de por terminada la relación laboral al trabajador que se encuentre protegido por fuero sindical. Quiere decir que, salvo circunstancias que lo justifiquen, los trabajadores aforados no podrán ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones laborales sin autorización judicial, puesto que para ellos no opera la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y ésta requiere calificación judicial previa.

Conforme a los pronunciamientos anteriores, el fuero sindical constituye una garantía de naturaleza constitucional para proteger el derecho de asociación y el ejercicio de la actividad sindical y, a fin de no ser despedido, desmejorado en sus condiciones laborales, o trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, sin que exista justa causa comprobada, la cual debe obligatoriamente ser calificada por el juez laboral.

Ahora bien, sobre la posesión como requisito indispensable para ejercer las funciones propias del cargo, la Constitución Política de Colombia, consagra:

ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el

monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público (Destacado nuestro).

De acuerdo con la norma Constitucional, ninguna persona puede ejercer un empleo público sin haber prestado juramento; es decir sin haberse posesionado. En ese sentido, toda persona que ejerza un empleo público o pretenda realizar el cumplimiento de una función pública debe estar precedida de un nombramiento y una posesión en los términos del Decreto 1083 de 2015²:

ARTÍCULO 2.2.5.1.6 *Comunicación y término para aceptar el nombramiento.* El acto administrativo de nombramiento se comunicará al interesado por escrito, a través de medios físicos o electrónicos, indicándole que cuenta con el término de diez (10) días para manifestar su aceptación o rechazo.

ARTÍCULO 2.2.5.1.7 *Plazos para la posesión.* Aceptado el nombramiento, la persona designada deberá tomar posesión del empleo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Este término podrá prorrogarse, por escrito, hasta por noventa días (90) hábiles más, si el designado no residiere en el lugar de ubicación del empleo, o por causa justificada a juicio de la autoridad nominadora.

ARTÍCULO 2.2.5.1.8 *Posesión.* La persona nombrada o encargada, prestará juramento de cumplir y defender la Constitución y las leyes y desempeñar los deberes que le incumben, de lo cual se dejará constancia en un acta firmada por la autoridad que posesiona y el posesionado.

Conforme a lo anterior, toda designación de empleo debe ser comunicada al servidor público para que este manifieste si acepta o la rechaza; de aceptarlo, el empleado público debe tomar posesión dentro de los 10 días siguientes, dada la obligación constitucional y legal de quien asume como empleado público para ejercer su cargo prestando juramento de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y de desempeñar los deberes que le incumben.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, y dado que no es clara su vinculación con la empresa, a la que hace referencia en el escrito de consulta, de manera general, el despido de quien ostente fuero sindical debe estar precedido de una orden efectuada por el juez de trabajo, salvo cuando se trate de una de las causales previstas en el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005³.

Así mismo, conforme a la Constitución y la ley, el nombramiento y la posesión son requisitos indispensables previo al ejercicio de funciones públicas.

En todo caso, tal como lo manifestamos al inicio de este concepto, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades por cuanto, dicha facultad se atribuye a los órganos de control o a los jueces de la República. Lo anterior, por cuanto como se manifestó al inicio de este concepto, pronunciarnos frente a situaciones de tipo individual excede las competencias atribuidas a este Departamento Administrativo en el Decreto 430 de 2016.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹Por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo

²Único Reglamentario del Sector Función Pública.

³«Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones»

Fecha y hora de creación: 2024-07-23 03:26:08