



Concepto 011881 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000011881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000011881

Fecha: 14/01/2021 01:52:08 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO Funciones. Radicado: 20209000617802 del 28 de diciembre de 2020.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes, a saber:

1. *El Concejo Distrital de Buenaventura ha solicitado que la Personería Distrital de Buenaventura, en aplicación al artículo 36 del inciso 1° de la Ley 1986 proceda a realizar seguimiento posterior a su aprobación por parte del Concejo Distrital de Buenaventura en la fase de sanción y publicaciones de los acuerdos distritales. Lo anterior a fin de que se verifique fecha de sanción, fecha y medio de publicación, verificación de envío del Acuerdo a la Dirección Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca para verificar la Constitucionalidad y legalidad del Acuerdo.*

Considerando que la función Legislativa que ejerce el Concejo Distrital de Buenaventura, es viable que la Personería Distrital de Buenaventura, realice el seguimiento solicitado.

2. *La Personería Distrital, tiene vinculado un funcionario en un cargo de nivel directivo, de libre nombramiento y Remoción, que se encuentra sindicalizado, ¿y aduce tener fuero sindical por desempeñar una función directiva al interior del sindicato. ¿Es legal el fuero sindical, siendo este un cargo de nivel directivo, de libre nombramiento y remoción?*

Me permito indicarle lo siguiente:

De conformidad con el artículo 118 constitucional, las Personeros Municipales ejercerán en la respectiva entidad territorial como agente del Ministerio Público; desempeñándose en la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, así como también en aquellas que se encuentran preceptuadas en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 38 de la Ley 1551 de 2012, a saber:

“ARTÍCULO 178. Funciones. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, promoviendo las acciones a que hubiere lugar, en especial las previstas en el artículo 87 de la Constitución.

2. Defender los intereses de la sociedad.

3. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos

establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria serán competencia de los procuradores departamentales.

5. Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

6. Intervenir en los procesos civiles y penales en la forma prevista por las respectivas disposiciones procedimentales.

7. Intervenir en los procesos de policía, cuando lo considere conveniente o cuando lo solicite el contraventor o el perjudicado con la contravención.

8. Velar por la efectividad del derecho de petición con arreglo a la ley.

9. Rendir anualmente informe de su gestión al Concejo.

10. Exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna, salvo la excepción prevista por la Constitución o la ley.

11. Presentar al Concejo proyectos de acuerdo sobre materia de su competencia.

12. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

13. Defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes.

14. Interponer la acción popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, cuando se afecten intereses de la comunidad, constituyéndose como parte del proceso penal o ante la jurisdicción civil.

15. Sustituido por el art. 38, Ley 1551 de 2012. Divulgar los derechos humanos y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.

16. Cooperar en el desarrollo de las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal.

17. Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión.

18. Defender los intereses colectivos en especial el ambiente, interponiendo e interviniendo en las acciones judiciales, populares, de cumplimiento y gubernativas que sean procedentes ante las autoridades.

El poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, de los concejales y del contralor.

Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la cual discrecionalmente, puede delegarla en los personeros.

La Procuraduría General de la Nación, a su juicio, podrá delegar en las personerías la competencia a que se refiere este artículo con respecto a los empleados públicos del orden nacional o departamental, del sector central o descentralizado, que desempeñe sus funciones en el respectivo municipio o distrito.

19. Velar porque se dé adecuado cumplimiento en el municipio a la participación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamental sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública municipal que establezca la ley.

20. Apoyar y colaborar en forma diligente con las funciones que ejerce la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas.

21. Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales e instaurar las acciones correspondientes en casos de incumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

22. Promover la creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas y comunitarias.

23. Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y por el Defensor del Pueblo.

24. Adicionado por el art. 38, Ley 1551 de 2012.

25. Adicionado por el art. 38, Ley 1551 de 2012.

26. Adicionado por el art. 38, Ley 1551 de 2012.

PARÁGRAFO 1. Derogado por el art. 203, Ley 201 de 1995. Para los efectos del numeral 4. del presente artículo, facultase a la Procuraduría General de la Nación para que, previas las erogaciones presupuestales a que haya lugar, modifique la planta de personal para cumplir la función de segunda instancia prevista en este artículo y ponga en funcionamiento una Procuraduría delegada para la vigilancia y coordinación de las personerías del país.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el precepto normativo expuesto, al Personero Municipal le corresponde entre otras funciones, el vigilar el cumplimiento de la Constitución, ordenanzas, leyes, decisiones judiciales y actos administrativos promoviendo las acciones a que hubiere lugar, asimismo, vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.

Por otra parte, en la Ley 136 de 1994 sobre los acuerdos municipales promovidos por los concejales, se preceptúa de los artículos 71 al 83 el procedimiento existente para su trámite y sanción, que atendiendo puntualmente su tema objeto de consulta, en el artículo 76 de dicho estatuto, dispone que una vez aprobado en segundo debate un proyecto de acuerdo, pasará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al alcalde para su sanción, donde posteriormente, de acuerdo con el artículo 81 ibídem, este será publicado en el respectivo diario, o gaceta, o emisora local o regional, que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En cuanto a la revisión desarrollada por parte del Gobernador, el artículo subsiguiente de la misma ley dispone que dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución, sin que esta revisión implique la suspensión de los efectos de los acuerdos.

En relación con lo anterior, el Decreto 1333 de 1986¹, dispuso:

“ARTÍCULO 120.- El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)¹. El mismo día en que el Gobernador remita el Acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”. (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas y abordando su primer interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, las funciones del Personero Municipal son las señaladas en la Ley 136 de 1994, sin embargo, la función de Certificar los Acuerdos Municipales aprobados por el concejo municipal y sancionados por el alcalde, se encuentra como una función potestativa otorgada en el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986, para aquellos eventos en que una vez revisado el Acuerdo respectivo por el Gobernador, este verifique que es contrario a la constitución, la ley o la ordenanza, para lo cual enviará al tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito con los requisitos correspondientes y, a su vez, enviará copia de su escrito al alcalde, personero y Presidente del Consejo para que éstos, si consideran necesario su intervención, lo hagan dentro del proceso.

Ahora bien, en relación con su segundo interrogante, el Código Sustantivo del Trabajo, dispuso lo siguiente con respecto al derecho de asociación, a saber:

“ARTICULO 414. DERECHO DE ASOCIACION. El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:

1. Estudiar las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados.

2. Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa.
3. Representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos comunes o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva.
4. Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo.
5. Promover la educación técnica y general de sus miembros.
6. Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, de enfermedad, invalidez o calamidad.
7. Promover la creación, el fomento o subvención de cooperativas, cajas de ahorro, de préstamos y de auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deporte y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de previsión, contemplados en los estatutos.
8. Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades.”

De conformidad con lo anterior, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho de asociación a organizaciones sindicales.

Frente a la prohibición de hacer parte de la junta directiva de un sindicato, o de ser designados funcionarios de este, el Código Sustantivo del Trabajo, dispuso:

“ARTICULO 389. EMPLEADOS DIRECTIVOS. No pueden formar parte de la junta directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores, ni los altos empleados directivos de las empresas. Es nula la elección que recaiga en uno de tales afiliados, y el que, debidamente electo, entre después a desempeñar alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical.” (Subrayado fuera de texto)

De lo destacado precedentemente, mediante sentencia² proferida por la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos, a saber:

“Los trabajadores que ocupan puestos de dirección, confianza o manejo, también pueden, según la legislación colombiana, ingresar a los sindicatos; y mal haría la Corte en pretender desconocerles un derecho que la ley les otorga, aduciendo para justificar tal exabrupto, una interpretación de un Convenio que, en su texto vigente, expresamente niega toda autorización a la desmejora del estatuto y derechos de tales trabajadores. (...)”

La aplicación analógica de estas normas sustantivas permite afirmar que los representantes del patrono no están incluidos entre los trabajadores sindicalizados que pueden representar válidamente al sindicato. De esta manera, no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato. (...)”

Este artículo, hace parte de una secuencia de normas del Código Sustantivo del Trabajo, que tienen por objeto reglamentar la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del patrono no interfieran en la representación y manejo de los asuntos de los trabajadores sindicalizados. Véanse al menos, los artículos 32 -Representantes del patrono-, 357 -Representación sindical-, 358 -Libertad de afiliación, altos empleados-, 389 -Empleados directivos-, 405 -Definición del fuero sindical-, 406 -Trabajadores amparados por el fuero sindical-, 407 -Miembros de la Junta Directiva amparados-, 408 -Contenido de la sentencia que resuelve la petición del patrono-, 410 -Justas causas del despido-, 411 -Terminación del contrato sin previa calificación judicial-, 412 -Suspensión del contrato de trabajo- y 413 -Sanciones disciplinarias-.

La aplicación analógica de estas normas sustantivas permite afirmar que los representantes del patrono no están incluidos entre los trabajadores sindicalizados que pueden representar válidamente al sindicato. De esta manera, no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato.

(...) En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: En principio, el fuero se reconoce a los representantes

sindicales, es decir, a quienes de algún modo son voceros naturales de la organización, en defensa de sus intereses. Tal es el caso, conforme a la legislación positiva, de los miembros de la junta directiva, de la comisión de reclamos y de los fundadores del sindicato. Ahora bien: los funcionarios o empleados públicos que se encuentran en la circunstancia atrás descrita encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que, en un momento dado, la organización sindical persiga. (Arts. 2º, 123 inciso 2º y 209 de la C.P.).”

A su vez, la misma corporación concluyó con lo siguiente mediante sentencia² en relación con las condiciones de debilidad ante su empleador como ocurría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios de este:

“Así pues, se llega a la conclusión de garantizar la libertad de elección de los representantes de los sindicatos de los trabajadores, en la forma que señalen sus respectivos estatutos, sujeta al orden legal y a los principios democráticos (C.P., art. 39), siempre que se procure con la misma evitar colocarlos en condiciones de debilidad ante su empleador, como ocurriría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa, formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios del mismo.

Por consiguiente, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical para los directivos y representantes del empleador, es posible establecer restricciones en cuanto hace a su participación en la junta directiva de un sindicato o para el desempeño como funcionarios del mismo, no así para su afiliación al respectivo sindicato, haciéndose acreedores por esa razón de los correspondientes beneficios y responsables de las correlativas obligaciones, como ya se mencionó.

En ese sentido, aunque el citado derecho presenta una naturaleza fundamental, su alcance no es absoluto y permite algún tipo de limitación que no afecte su núcleo esencial, como sucede en esta oportunidad, máxime cuando la restricción introducida persigue la vigencia de un interés general protegido por el Estado, como es la salvaguarda de los medios de reivindicación de los derechos laborales e intereses de la clase trabajadora, en lo atinente a la forma organizativa que los hace efectivos, evitando una intromisión perturbadora de los patronos en los asuntos atinentes a dicha organización sindical, a través del control de la dirección y representación sindical por personas que, sin lugar a dudas, actúan y deciden como extensiones del empleador.

De otra parte, es cierto que la definición del término “empleados directivos de una empresa” puede prestarse a las maniobras denunciadas por el actor, en el sentido de que se otorgue ese calificativo a empleos que no reúnan las condiciones para ser considerados como de orden directivo y así constituirse en objeto de la restricción a la representación sindical; no obstante, esa posibilidad esgrimida por razones de conveniencia, no constituye una violación constitucional que pueda deducirse de la confrontación de la norma acusada con los ordenamientos superiores.

El problema de esta manera planteado abarca la órbita de la aplicación práctica del contenido normativo que se demanda, respecto de lo cual la Corporación se limita a señalar que la restricción de acceso a la junta directiva sindical o a ser funcionario del sindicato sólo se dirige a aquellos trabajadores que materialmente se encuentren cumpliendo con los encargos de representación y dirección a nombre del empleador; es decir, la naturaleza y denominación de esos cargos depende de las funciones especiales que se pretenden con el mismo, dado que lo opuesto configuraría una práctica contraria al derecho de asociación sindical que tendría que ser debatida y sancionada mediante las medidas legales vigentes.”

A partir de la normativa y jurisprudencia transcrita, se tiene entonces que la prohibición dispuesta en el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra sustentada constitucionalmente, en el entendido que reglamenta la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del empleador no interfieran en la representación y manejo de los asuntos o temas que tratan los trabajadores sindicalizados, y por ende, para no desencadenar en conflicto con los intereses específicos y particulares de la organización, estos trabajadores que se encuentran ostentando la titularidad de empleos con carácter directivo no cuentan con la validez para representar o para desempeñarse como funcionarios de la organización sindical.

Entretanto, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical que asiste para aquellos empleados que se encuentran nombrados en empleos de dirección, confianza o manejo y representan al empleador, es viable restringirlos frente a su participación en la junta directiva de un sindicato o para desempeñarse como funcionario de este, no obstante, la Corte precisa que podrá afiliarse al respectivo sindicato, haciéndose acreedor de los beneficios y ser responsable de las obligaciones que sobrevengan de su integración, claro está, sin ostentar la calidad de trabajadores sindicalizados que puedan representar válidamente al sindicato.

Así las cosas y para dar respuesta a su interrogante, de conformidad con lo considerado por la Corte Constitucional, aquellos que se desempeñan dentro de una entidad u organismo ejerciendo funciones de dirección y que representan al empleador, no pueden hacer las veces de representantes del sindicato que les permita ostentar fuero sindical, sin embargo, podrán conservar su derecho de mantener su afiliación a la asociación sindical y podrán ser acreedores de los derechos y obligaciones que sobrevengan de esta.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que los empleados públicos que se encuentran nombrados en cargos de nivel directivo que implica funciones de confianza, dirección o manejo, no podrán hacer parte de la junta directiva de un sindicato, ni ser designados como funcionarios de este, de conformidad con lo consagrado en el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente señaladas.

Para más 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 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal".
2. Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de diciembre de 1993, Ref.: Expediente No. D-342, Consejero Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena, 12 de noviembre de 1998, Referencia: Expediente D-2064, Consejero Ponente: Hernando Herrera

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:54:43