



Concepto 092901 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000092901

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000092901

Fecha: 28/02/2022 10:07:32 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUERO SINDICAL. Levantamiento. RETIRO DEL SERVICIO. Abandono del cargo. Radicado: 20222060058852 del 31 de enero de 2022.

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

CASO 1: Un funcionario que está en calidad de vacante temporal como auxiliar administrativo y se encuentra como miembro directivo en uno de los sindicatos, pero el dueño de la plaza llega a su puesto, indica que el temporal tendríamos que retirarlo, pero al ser de la mesa principal del sindicato, cuál es el proceder frente al proceso.

CASO 2: Existe un administrativo que perdió la evaluación de desempeño año 2021 y es presidente de un sindicato, además solo labora los lunes y sin embargo tampoco asiste generando ausentismo laboral e inconvenientes en la I. E. donde se encuentra laborando, además aduce que el proceso de compromisos no fue concertado, teniendo la evidencia por parte de la rectora que no atendió el llamado y le toco con un testigo realizar los compromisos y por ende evaluarlos.

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

El Decreto [1083](#) de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, establece:

ARTÍCULO [2.2.5.3.4](#). Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Igualmente, la Corte Constitucional mediante [SU-917](#) de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio sobre el tema de retiro de los provisionales, refiere:

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación

insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

(Destacado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debe prestar el empleado público.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la garantía de fuero sindical de la que goza el empleado provisional, el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 dispone tres causales en las cuales no es necesaria la autorización judicial:

ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Por ende, el retiro del empleado con fuero sindical por pérdida de la evaluación del desempeño o por el regreso del titular del empleo no son situaciones contempladas por la ley para dar el retiro sin autorización judicial.

Al respecto, la Corte Constitucional sobre la obligatoriedad de solicitar el levantamiento de la garantía de fuero sindical prevista en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 12 de la Ley 584 de 2000 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 previamente por el juez laboral.

Ahora bien, respecto al continuo ausentismo a ejercer las laborales que le asisten por ser servidor público, se precisa el siguiente fundamento jurídico:

El Decreto 1083 de 2015 enfatiza que la remuneración de los servidores públicos corresponde a servicios efectivamente prestados. Por ende, ante la no concurrencia a laborar, sin previa autorización, compete al jefe de la unidad de personal, o a quien haga sus veces, dentro de los 2 días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho requerir al servidor público para que justifique su no asistencia, de considerar que la misma no es válida debe descontar el día o los días no laborados (art. 2.2.5.5.56).

Sin embargo, cuando la ausencia sea superior a 3 días hábiles consecutivos, el artículo 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015 lo considera causal de abandono del cargo el cual, se declara bajo las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), so pena de ser sancionado disciplinariamente conforme a las disposiciones de la Ley 734 de 2002.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

Para efectuar el retiro de un empleado aforado, aun cuando el titular del empleo hubiera reclamado su empleo, debe estar autorizado por el juez laboral para que determine la justa causa y permita el retiro del empleado.

Igual que la conclusión anterior, la calificación insatisfactoria en la evaluación del desempeño es causal válida para dar por finalizada la vinculación; sin embargo, al ser un empleado aforado debe tramitarse la autorización del levantamiento del fuero sindical.

Ahora bien, y teniendo en cuenta el ausentismo retirado, tal como lo manifiesta en su consulta, se le reitera que el pago de la remuneración es por servicios efectivamente prestados. Por lo tanto, en caso de haber incurrido en un posible abandono del cargo, compete a la Entidad dar cumplimiento al procedimiento fijado en la Ley 1437 de 2011 así como, iniciar el correspondiente proceso disciplinario, a fin de verificar si con el abandono del cargo se afectó la prestación del servicio.

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

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

Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:13:45