



Concepto 217261 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000217261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000217261

Fecha: 05/06/2023 08:14:43 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Fuero sindical. Radicado: 20232060265742 del 5 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Tiene derecho un empleado en provisionalidad por haber ocupado el puesto 47 en la lista de elegibles a continuar en la misma institución educativa por tener fuero sindical?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Constitución Política, en su artículo 125, regula la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, consagra en su inciso 3, lo siguiente: (...) *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

De la misma manera, la Ley 909 de 2004¹, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (Subrayado fuera de texto)

Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. (Subrayado nuestro)

Artículo 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

De acuerdo con las disposiciones indicadas, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

La Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019² respecto a la utilización de listas de elegibles producto de un concurso de méritos, determina lo siguiente:

Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

Artículo 31. El proceso de selección comprende:

(...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad (Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, a partir de la expedición de la norma; es decir del 27 de junio de 2019, una vez cumplidas las etapas del concurso, la CNSC o la entidad delegada para el efecto, debe elaborar una lista de elegibles, en estricto orden de méritos con la que se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Ahora bien, el fuero sindical es una protección especial de la que gozan ciertos trabajadores y que impide que éstos sean despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el Juez de Trabajo, según lo establecido en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala:

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 disposición expresa del párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 584 de 2000³, la protección derivada del fuero sindical se hizo extensiva a los servidores públicos, en las mismas condiciones previstas para trabajadores particulares, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Entonces, en términos de la normativa en cita, el fuero sindical es la garantía que tienen algunos trabajadores para no ser despedidos, desmejorados o trasladados, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965⁴ define el fuero circunstancial como la garantía para no ser despidos sin justa causa comprobada contado desde la fecha de presentación del pliego y hasta la terminación de las etapas del conflicto.

Por su parte, el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005⁵ 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 ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito (Resaltado nuestro).

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior, antes de, entre otros, retirar a un empleado que goza de fuero sindical es obligatorio que la administración solicite el permiso ante el juez laboral argumentando la justa causa. Sin embargo, dicha excepción a la regla sea omite cuando los empleos en provisionalidad sean objeto de concurso y quien lo ocupe no sea nombrado en estricto orden de mérito según la lista de elegibles.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, dada la realización del concurso de méritos para proveer los empleos en vacancia definitiva, le corresponde a la entidad utilizar la lista de elegibles en estricto orden de mérito; es decir, el primero en ser llamado es quien hubiera ocupado el primer puesto de la lista, por haber obtenido el mayor puntaje, de no aceptar el cargo, se nombra al segundo y así hasta ocupar las vacantes respectivas. Por ende, para este caso no procede el levantamiento del fuero sindical; en tanto, se está ante una de las causales exceptuadas de requerir la autorización judicial para efectuar el despido.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo 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 y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1«Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

2«Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones»

3«Por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo»

4«Por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo»

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:20:31