



**Función Pública**

## Concepto 050891 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000050891\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000050891

Fecha: 12/02/2021 06:20:25 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUERO SINDICAL. Aforados. Radicado: 20219000068502 del 9 de febrero de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición que le sean resueltas las siguientes preguntas:

*"1.- ¿Puede ser declarado insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción que pertenece a un sindicato y además es directivo del mismo?"*

*2.- ¿Pueden los empleados de libre nombramiento obtener fuero sindical?"* (Copiado del original)

### I FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Constitución Política, consagra:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones», señala:

ARTÍCULO 41. *Causales de retiro del servicio.* El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

[...]

PARÁGRAFO 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

El Decreto 2400 de 1968, «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 26º. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

El Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», indica:

ARTÍCULO 2.2.11.1.2 *De la declaratoria de insubsistencia.* En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

Conforme a la normativa expuesta, los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser declarados insubsistentes por el nominador del organismo, sin mediar motivación alguna, situación que deriva de la naturaleza del cargo y de la facultad discrecional del nominador para nombrar y remover libremente sus colaboradores.

Ahora bien, en cuanto a la validez de otorgarle fuero sindical a un empleado de libre nombramiento, el Código Sustantivo del Trabajo, establece:

ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;
- b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;
- c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;
- d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.

PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARAGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE y aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia c-201/ 2002 del 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería). (Destacado nuestro)

Acorde con lo anterior, para que un empleado de libre nombramiento y remoción se encuentre amparado por el fuero sindical se requiere que:

- No ejerza jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.
- Esté afiliado al sindicato
- Ser fundador del sindicato, caso en el cual el amparo va desde el día de su constitución hasta 2 meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de 6 meses.
- Dicho empleado, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, haya ingresado al sindicato, caso en el cual el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
- Dicho empleado sea miembro de la junta directiva y subdirectiva del sindicato, federación o confederación de sindicatos, y que esté dentro de los 5 principales o dentro de los 5 suplentes.
- Sea miembro de los comités seccionales como principal o suplente.

- Sea miembro de la comisión estatutaria de reclamos, designada por los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, caso en el cual el amparo es por el mismo período de la junta directiva y por 6 meses más.

Los servidores públicos que ejercen jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración no gozan de la garantía de fuero sindical. Para determinar los cargos exceptuados de dicha garantía debe acudirse al artículo 5 de la Ley 909 de 2005 en concordancia con el artículo 16 del Decreto 785 de 2005. Así mismo, es pertinente mencionar el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 53 de la Ley 50 de 1990 el cual se refiere al impedimento de los empleados directivos en materia sindical, así:

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. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la redacción de la precitada norma, la situación de ser “alto empleado directivo de la empresa” se independiza del hecho de ser “afiliado que represente al empleador frente a sus trabajadores”, por lo que, se prohíbe al empleado directivo formar parte de la junta directiva de un sindicato.

## II RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

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

1. ¿Puede ser declarado insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción que pertenece a un sindicato y además es directivo del mismo?

Los empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozan de fuero sindical y, por lo tanto, resulta viable la declaratoria de insubsistencia. De la misma manera, tampoco podrán formar parte de la junta directiva del sindicato quienes se desempeñen como altos directivos en la respectiva entidad. En consecuencia, tratándose de una empresa de servicios públicos donde los empleados públicos únicamente son nombrados a través de la modalidad de libre nombramiento y remoción resulta procedente declarar su insubsistencia con fundamento en la normativa previamente mencionada.

2. ¿Pueden los empleados de libre nombramiento obtener fuero sindical?

Frente a este punto, se reitera la conclusión dada en el punto anterior, en el sentido que gozan de la garantía del fuero sindical los trabajadores y los servidores públicos. A excepción de aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

## III 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.

Finalmente, ofrecemos disculpas por los inconvenientes presentados esperando que el presente concepto dé respuesta oportuna a sus inquietudes.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web

[www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido 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: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

---

*Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:19:33*