



Función Pública

Concepto 193421 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000193421

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000193421

Fecha: 02/06/2021 12:20:11 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUERO SINDICAL. Aforados. Radicado: 20212060414682 del 4 de mayo de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición un concepto donde se resuelva la siguiente pregunta:

“De conformidad con lo anterior, la inquietud presentada por la Fuerza es saber si existe la posibilidad se gestione o autorice el proceso de levantamiento del fuero sindical al funcionario, con el fin de dar trámite al retiro por declaratoria de la insubsistencia del nombramiento derivada de la facultad discrecional del nominador para los empleados de libre nombramiento y remoción” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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

La Ley 50 de 1990, «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones», en su Artículo 38 que modifica el Artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), establece:

ARTÍCULO 353. Derecho de asociación.

1. De acuerdo con el Artículo 12, el Estado garantiza a los empleadores, a los trabajadores y a todo el que ejerza una actividad independiente, el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a éstos el derecho de unirse o federarse entre sí.

2. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse, en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las normas de

este título, y están sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno en cuanto concierne al orden público y en particular en los casos que aquí se establecen.

3. Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Conforme a la normativa en cita, todos los empleados pueden asociarse libremente en defensa de sus derechos formando sindicatos en los términos de los Artículos 359 y siguientes del C.S.T. De igual manera, el Artículo 406 del citado Código Sustantivo del Trabajo define los empleos susceptibles de ser amparados por el fuero sindical, así:

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, un empleado de libre nombramiento y remoción se encuentra amparado por el fuero sindical, cuando:

- 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.

En caso de gozar del fuero sindical, se tiene en consideración el siguiente fundamento jurisprudencial:

La Corte Constitucional en sentencia [T-731](#) de 2001, respecto al retiro de empleados públicos con fuero sindical, señala:

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.

En fallos posteriores, la Corte ha mantenido esas mismas consideraciones, razón por la cual, en la actualidad, existe una clara línea jurisprudencial en la materia. Así, por ejemplo, la Corte en 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.

Más recientemente, en sentencia T- 1061 de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, en relación con la acción de reintegro de fuero sindical, refiere:

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.

Finalmente, la sentencia [T-1046](#) de 2006, se refirió respecto a la materia, así:

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 lo anterior, el fuero sindical constituye una garantía de naturaleza constitucional que, en aras de proteger el derecho de asociación y el ejercicio de la actividad sindical, otorga a quien goza de dicha garantía el derecho 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 ser calificada previamente por el juez laboral.

Por lo tanto, se concluye que es necesario obtener la autorización del juez laboral para retirar del servicio a un empleado aforado; excepto cuando se trate de una de las causales expresamente señaladas en el Artículo 411 del Código Sustantivo del Trabajo y el Artículo 24 del Decreto 760 de 2005, dentro de las cuales no se consagra el reintegro del titular del empleo como consecuencia de la terminación de la comisión en el empleo de libre nombramiento y remoción.

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

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, de conformidad con las disposiciones previstas en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo no tiene competencia para gestionar o autorizar el levantamiento del fuero sindical. Sin embargo, en criterio de esta Dirección Jurídica si el empleado, objeto de consulta, goza de la garantía de fuero sindical, conforme a la normativa arriba mencionada, debe la entidad acudir ante el juez laboral para determinar la justa causa y autorizar el retiro del empleado.

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.

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 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

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:59:38