



Concepto 290991 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000290991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000290991

Fecha: 09/08/2021 11:55:26 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO - Retiro del servicio de empleado con fuero sindical. Radicado No. 20212060566522 de fecha 05 de agosto de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta: *En los procesos de concurso desarrollado por la comisión nacional del servicio civil, para proveer cargos de carácter definitivo y suplir las provisionalidades, se presenta la siguiente situación, ante esta cual es el trámite que debe surtirse: El servidor provisional se encuentra con fuero sindical, y el mismo perdió el concurso o no salió en la lista de elegibles. Por lo anterior ante esta situación: se saca al provisional con el acto administrativo de posesión del elegido, sin levantar el fuero o se debe iniciar proceso judicial de levantamiento de fuero sindical, para poder posesionar al que gana el concurso y salo elegido para ocupar dicho cargo;* ante lo cuestionado, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 39 de la Constitución Política los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado y se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

En este sentido 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:

ARTÍCULO 405. FUERO SINDICAL. Definición. 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.

ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS. Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de la notificación prevista en el Artículo 380, hasta quince (15) días después de la publicación, en el Diario Oficial, del reconocimiento de la personería jurídica, sin pasar de tres (3) meses ;
- b) Los trabajadores distintos de los fundadores que con anterioridad a la concesión de la personería jurídica ingresen al sindicato en formación, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;
- c) Los miembros de la Junta Directiva Central de todo sindicato, federación y confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de las subdirectivas o comités seccionales de los sindicatos previstos en los respectivos estatutos, y que actúen en Municipio distinto de la sede la Directiva Central sin pasar del mismo número, sin que pueda existir más de una subdirectiva o comité seccional en cada Municipio. Este amparo se hará efectivo desde cuando sea notificada la elección en la forma prevista en los Artículos 380 y 388, por el tiempo que dure el mandato y tres (3) meses más.

Están amparados por el fuero sindical, además de los trabajadores relacionados en el Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, los servidores públicos que hagan parte de las juntas directivas de las organizaciones sindicales, en las mismas condiciones previstas para trabajadores particulares, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, por disposición expresa del parágrafo primero del Artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

En lo que se refiere a la autorización judicial para el retiro del servicio de los empleados amparados con fuero sindical, el Artículo 24 del Decreto 760 de 2005¹, dispone:

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. (Negrilla propia)

De esta manera, el retiro de los empleados amparados con fuero sindical no requiere de autorización judicial, cuando entre otros, 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.

De otra parte, en relación con el retiro de los empleados provisionales con fuero sindical como consecuencia de la provisión definitiva del cargo de carrera con la lista de elegibles, como resultado del respectivo concurso de mérito, la Corte Constitucional en la sentencia C -1119 del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por medio de la cual declaró la exequibilidad del Artículo 24 del Decreto 760 de 2005, manifestó:

«En el Artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial

en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el Artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa (...). En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos.» (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la jurisprudencia en cita, el retiro de los empleados con nombramiento provisional que tienen fuero sindical no requiere autorización judicial, cuando se trate de proveer el cargo con quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la Administración mediante resolución que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias sino en cumplimiento del proceso de selección para el ingreso a la función pública.

En este sentido y en atención a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que en virtud con lo dispuesto en el Artículo 24 del Decreto 760 de 2005, es viable el retiro del servicio de un empleado con fuero sindical sin que sea necesario levantar el respectivo fuero, como se indicó anteriormente, se deberá realizar el retiro mediante resolución motivada.

Finalmente, me permito indicarle que 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.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011². Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

²Artículo sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:55:04