



**Función Pública**

## Concepto 351231 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000351231\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000351231

Fecha: 23/09/2021 03:01:42 p.m.

Bogotá

REF. FUERO SINDICAL. Aforados. Radicado. 20212060577782 de fecha 12 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la que manifiesta que un empleado del nivel asistencial quien era miembro del sindicato, en el año 2019 fue nombrado vicepresidente del mismo. Mas adelante manifiesta que en enero de 2020 solicita comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción la cual fue aceptada, y finalmente volvió a su empleo titular en abril de 2021, y de acuerdo a lo narrado solicita asesoría frente a si el empleado al haber sido otorgada comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en el nivel directivo perdió automáticamente el fuero sindical y en el evento que no se haya perdido la calidad de vicepresidente el hecho de haber desempeñado un empleo del nivel directivo incurrió en alguna falta disciplinaria, y finalmente pregunta si al reintegrarse a su empleo titular continua con fuero sindical, frente a lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es importante manifestarle que según lo dispuesto en el Decreto [430](#) de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa. Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, pues este Departamento Administrativo no es la entidad empleadora en los casos que se consultan. No obstante a manera general nos permitimos manifestarle lo siguiente:

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.

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 acudir 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. ¿Un empleado del nivel asistencial al habersele sido otorgada una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en el nivel directivo perdió automáticamente el fuero sindical?

Los empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozan de fuero sindical. De la misma manera, tampoco podrán formar parte de la junta directiva del sindicato quienes se desempeñen como altos directivos en la respectiva entidad.

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.

3. ¿Al reintegrarse el empleado a su empleo titular luego de terminada la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, continúa con fuero sindical?

Es pertinente precisar, especialmente en aplicación del Artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005, que el empleado titular de un cargo con derechos de carrera que se separa del mismo para desempeñar otro de libre nombramiento y remoción, previo el otorgamiento de una comisión, tiene prelación para continuar desempeñando el cargo del cual es titular con derechos de carrera, una vez se le da por terminada la comisión o sea retirado del empleo de libre nombramiento y remoción. No obstante lo anterior, frente a si continua con fuero sindical en virtud del Artículo 121 de la Constitución Política, el Artículo 21 de la ley 1437 de 2011 y en concordancia con lo señalado en el Decreto 4108 de 2011, esta Dirección Jurídica advierte que la entidad competente para pronunciarse sobre el particular es el Ministerio del Trabajo.

En consecuencia, este aparte de su solicitud ha sido remitido a dicho Ministerio para que, en cumplimiento de sus funciones, dé respuesta a su tercera inquietud.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Harold Herreño.

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:51:56