



Concepto 250931 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000250931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000250931

Fecha: 21/06/2023 12:47:54 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia empleos de libre nombramiento y remoción- FUERO SINDICAL- Aforados.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública, en atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta: *¿se puede declarar la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción que hace parte de una comisión estatutaria de reclamos? ¿Para la declaratoria de insubsistencia se necesita en este caso algún procedimiento especial o por el contrario el nominador puede disponer de su cargo según su discrecionalidad?* En atención a la misma le indico:

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

No obstante, a manera de información general respecto de la situación planteada por usted, procedemos a pronunciarnos respecto de sus interrogantes en el siguiente sentido:

Sea lo primero señalar que, 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, el Decreto 409 de 2020, «Por el cual se crea el régimen de carrera especial de los servidores de las Contralorías Territoriales» que reza lo siguiente:

ARTÍCULO 43. Causales de retiro. El retiro del servicio de los empleados públicos de las contralorías territoriales conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas en la Entidad, el retiro de la carrera del régimen especial, y la pérdida de los derechos de la misma. Son causales de retiro de la Entidad las siguientes:

Renuncia regularmente aceptada. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente. 4. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera (...)

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

Ahora bien, para este caso en concreto ya que el funcionario hace parte de una comisión estatutaria se debe tener en cuenta lo siguiente:

El derecho de Asociación ha sido estructurado por la Corte Constitucional bajo la consideración, de ser un elemento esencial del Estado Social de Derecho, por cuanto considera, es un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática. Así mismo resalto entre varias características que señala, su carácter instrumental por cuanto permite que las personas realicen sus fines. Sentencia T 441 de 1992.

El derecho de asociación establecido como una garantía para el desarrollo de actividades y ejercicio de derechos fundamentales, obliga a los particulares y entidades del Estado a respetar y permitir el ejercicio de este derecho y de los que para garantizar su cumplimiento de él se derivan, entre los que se encuentra el fuero sindical.

El fuero sindical está consagrado en el inciso 4 del artículo 39, que dice: "Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

En sentencia T 0148 de 2013 la Corte sobre el fuero sindical señaló:

"(L)a institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados. Con dicho fuero, la Carta y la ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, vale decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 superior garantiza; por lo que esta garantía mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos".

Y acorde con lo anterior encontramos el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo que define el fuero sindical como:

"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."

Lo anterior consecuente con la concepción que sobre estos derechos ha tenido la Corte Constitucional, esto es, que, siendo un derecho de rango constitucional, se protege con la supervisión que hará el Juez del trabajo, sobre las acciones del empleador, cuando de trabajadores aforados se trate.

Ahora bien, el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, determina quienes son los que gozan de fuero sindical. Traigo a colación porque es el caso que nos ocupa, que poseen fuero sindical los miembros de la Junta Directiva del sindicato.

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) 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.

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.

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.

CONCLUSION

Los empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozan de fuero sindical, independientemente del cargo o dignidad que ocupen dentro del sindicato y, por lo tanto, resulta viable la declaratoria de insubsistencia.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Mcaro

Reviso: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:01:12