



# Concepto Sala de Consulta C.E. 688 de 1995 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSULTA NUMERO 688

(2 de junio de 1995)

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Clasificación de empleados.

Los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por contrato de trabajo, siempre y cuando la labor desempeñada consista en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas. Los estatutos de los establecimientos públicos precisarán qué actividades excepcionalmente pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta donde el Estado sea mayoritario, son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos determinarán las actividades de dirección o confianza que se excluyen y que se deben desempeñar por empleados públicos. Los demás, son empleados públicos y se vinculan al servicio del Estado por relación legal y reglamentaria.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

DESVINCULACION DE TRABAJADOR OFICIAL - Régimen aplicable.

La desvinculación del servicio de los trabajadores oficiales está sujeta a las normas que regulan sus relaciones laborales y a las estipulaciones contractuales; no es necesario suscribir contrato antes de dar por terminada la relación laboral. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria, debe entenderse que se utilizó un procedimiento equivocado que no altera la circunstancia de que en realidad se trata de un trabajador oficial.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

TRABAJADOR OFICIAL QUE CUMPLE FUNCIONES DE EMPLEADO PUBLICO - Régimen aplicable.

Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleado público y han adquirido este nuevo estatus están sometidos al régimen jurídico de los empleados públicos. Si no están en la carrera administrativa por necesidades del servicio pueden ser servidores sin derecho a indemnización.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995

FUERO SINDICAL - Trabajador oficial / SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO PUBLICO CON FUERO SINDICAL - Traslado a cargo equivalente / SUPRESION DE EMPLEO DE EMPLEADO DE CARRERA CON FUERO SINDICAL - Indemnización.

Los trabajadores oficiales con fuero no pueden ser desmejorados en sus condiciones laborales sino cuando exista "justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo". En las mismas condiciones se encuentran los empleados públicos, pero a su respecto, como quiera que la ley no ha señalado el procedimiento pertinente a esta materia, cuando se trate de supresión de empleos, deberán trasladarse a otros equivalentes si fuere posible de manera que no se altere su condición laboral, sin perjuicio del evento cuando coincidan en un mismo funcionario la existencia de fuero y carrera en cuyo caso los beneficios que a estos corresponden se aplican plenamente, incluida la alternativa de la indemnización. Las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo se tasan de conformidad con los artículos 42 y 50 del Decreto 2127 de 1945, así: las de contratos a término definido con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que falta para cumplir el plazo pactado. los empleados públicos sindicalizados a quienes se suprima el empleo y no estén en la carrera administrativa no tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas. La indemnización por terminación del contrato de los trabajadores oficiales, se debe cancelar en forma previa o simultánea a la conclusión de la relación laboral.

[Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-1063 de 2000](#)

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Luis Camilo Osorio Isaza.*

Referencia: Radicación número 688.

Consulta sobre empleados y trabajadores de entidades públicas del orden municipal.

El Señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

1. ¿Qué empleados oficiales municipales son legalmente susceptibles de ser vinculados por contrato de trabajo?
2. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria y se piense prescindir de sus servicios, ¿es menester primero que se suscriba contrato de trabajo?
3. ¿Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleados públicos, si no están en la carrera administrativa, tienen derecho a indemnizaciones?
4. ¿Qué trabajadores oficiales gozan de fuero sindical y qué alcance tiene ese fuero respecto del proceso de reducción de los empleados oficiales de un municipio?
5. ¿Cómo se tasan las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo?
6. ¿Los empleados públicos sindicalizados, a quienes se les suprime el empleo y no estén en la carrera administrativa, tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas?
7. ¿De ser procedente las indemnizaciones a los trabajadores oficiales, dentro de qué término deben serles pagadas?

LA SALA CONSIDERA:

Vinculación por contrato al servicio público.

Al género empleados oficiales corresponde las siguientes especies: empleados públicos y trabajadores oficiales.

A nivel municipal –lo mismo que en el régimen nacional y departamental– existe vinculación por contrato de trabajo únicamente para los denominados trabajadores oficiales.

Los empleados públicos son personas que se vinculan laboralmente a la administración pública por una relación legal y reglamentaria; los trabajadores oficiales se vinculan por contratos de trabajo.

Las disposiciones sobre clasificación están contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 11 de 1986 que fueron reproducidos por el artículo 292 del Decreto - ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), cuyo texto señala:

"Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

En síntesis, las personas que prestan sus servicios en la administración municipal son empleados públicos si la actividad es distinta de la construcción y sostenimiento de las obras públicas; estas actividades son desempeñadas por trabajadores oficiales, que se vinculan mediante contrato.

En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo y las empresas industriales y comerciales del Estado (lo mismo que las empresas de economía mixta con mayoría estatal), donde en general son trabajadores oficiales sus estatutos determinan las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Régimen de vinculación al servicio público para el trabajador oficial.

Existen dos regímenes distintos de vinculación a la administración municipal, según expresó la Sala en el punto anterior: contrato de trabajo para los trabajadores oficiales y por vinculación legal y reglamentaria, para los empleados públicos.

Si la persona vinculada lo hace por contrato, el estatuto del trabajador oficial se le aplica durante todo el tiempo que permanezca; su desvinculación se rige por la convención colectiva, si la hubiere y por la legislación correspondiente a la contratación oficial, contenida en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2127 del mismo año y el Decreto - ley 1333 de 1986, cuyo artículo 293 prescribe:

"Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere."

La sentencia de 27 de julio de 1971 del Consejo de Estado resolvió que "es nulo el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 1848 de 4 de noviembre de 1969 en cuanto ordena que el contrato con los trabajadores oficiales se registrará por las normas que regulan la materia en el Código

Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan y lo reforman".

El artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo mantuvo la vigencia de las normas anteriores a ese estatuto que regulan, entre otros, el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales.

En consecuencia, los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo sino por las normas especiales citadas, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere.

Por otra parte, el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, el requerido para la realización de una obra o labor determinada, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio, y por término indefinido el cual se entenderá que es de seis (6) meses y se proroga automáticamente por períodos iguales "por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo". (Decreto 2127 de 1945, artículos 4º, 13, 40 y 43).

Si la modalidad es de contrato, se debe aplicar el régimen correspondiente a los trabajadores oficiales con todas las consecuencias.

Además, la circunstancia de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria no afecta la realidad de que su régimen laboral es el correspondiente al de contrato de trabajo, habida cuenta de que es el previsto por la Ley para las personas que laboran en la construcción o en el sostenimiento de las obras públicas, o se trata de los expresamente señalados en los estatutos de los establecimientos públicos, o de los no excluidos expresamente en los de las empresas industriales y comerciales, o en sociedades de economía mixta con participación mayoritaria de entidades públicas (artículo 292 del Decreto 1333 de 1986); este criterio, por lo demás se apoya en el artículo 53 de la Constitución Política, que al tratar los principios fundamentales reguladores del Estatuto del Trabajo, señala entre ellos la "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" lo cual destaca el contrato realidad sobre la formalidad contractual utilizada.

Bajo los presupuestos anteriores, siendo la función o actividad la que determina el régimen aplicable a quien está vinculado con el Estado, no es necesario que al momento de concluir la relación laboral, si hasta entonces el contrato no consta por escrito, se deba suscribir para darlo por terminado.

En ese caso, si el trabajador oficial estuvo vinculado aparentemente por otro género de relación jurídica -legal o reglamentaria- no se sustituye la realidad jurídica del contrato.

Desvinculación de los empleados públicos que no pertenecen a la carrera.

La Constitución Política determina en el artículo 125 la carrera como norma general de vinculación de los servidores al Estado y únicamente excluye a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de período y los trabajadores oficiales.

De otro lado, el trabajador oficial, una vez concluida la relación contractual y las tareas que a ella corresponden, puede ser vinculado como funcionario público y por tal motivo las disposiciones legales y consecuencias laborales son las aplicables a cada vinculación. El respectivo régimen rige durante la correspondiente vinculación y se aplica también para cuando concluya la relación.

Los empleados públicos de la administración, que no pertenezcan a la carrera, pueden ser desvinculados del cargo por necesidades del servicio sin generar derecho a indemnización.

También hay lugar a retirar a un funcionario de la carrera sin indemnización, debido a calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por destitución en el evento de violación del régimen disciplinario.

Conviene precisar que la supresión del empleo es una de las causales de retiro del servicio para los funcionarios de carrera y debe ceñirse a la regulación especial del artículo 8 de la Ley 27 de 1992 que en su inciso primero dispone:

"Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa pueden acogerse a las anteriores condiciones en caso de que sus cargos sean suprimidos".

Tal opción está reglamentada por el Decreto 1223 de 1993, donde se consigna la tabla en la que se tiene en cuenta el tiempo de servicio al Estado, o las opciones de tratamiento preferencial para ser nombrado en otro cargo.

Dice el artículo 1º. del decreto:

"Los empleados pertenecientes a los diferentes órganos y entidades del Estado a quienes se les aplica la Ley 27 de 1992, incluidos los del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, inscritos en el escalafón de la carrera administrativa cuyos empleos sean suprimidos por la autoridad competente, con motivo de la reorganización de una dependencia, órgano o entidad o del traslado de funciones a otros organismos, y que en razón de ellos sean retirados del servicio, siempre y cuando no opten por el derecho preferencial a ser revinculados, en los términos del artículo 3º del presente decreto, tendrán derecho a percibir una indemnización de acuerdo con la siguiente tabla:

1. Si el empleado tuviere menos de un (1) año de servicios continuos se les pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario;
2. Si el empleado tuviere un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5), se le pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y quince (15) días para cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por meses cumplidos;

3. Si el empleado tuviere cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) años, se le pagarán cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año y veinte (20) días por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por mesas cumplidos;

4. Si el empleado tuviere diez (10) años o más de servicios continuos, se le pagarán cuarenta (45) días de salario por el primer año y cuarenta (40) días por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por mesas cumplidos".

Sin embargo, la Sala reitera que el retiro, por razones del servicio, de empleados públicos que no pertenecen a la carrera, no da lugar a indemnización alguna, hayan estado vinculados o no con carácter de trabajadores oficiales.

Fuero sindical de los trabajadores oficiales frente a la reducción de empleos.

La Constitución Política consignó en el artículo 39 el derecho a los trabajadores –y a los empleadores– para constituir sindicatos y reconoció "a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias". Únicamente excluyó a los miembros de la fuerza pública.

El fuero sindical, comprende a los empleados públicos y trabajadores oficiales que se encuentren en las condiciones del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990.

Respecto de los sindicatos de trabajadores oficiales, según el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, estos "tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores" lo cual implica que cuando sus miembros gozan de fuero sindical se hallan amparados por la garantía de,

"... no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por juez de trabajo". (Artículo 406 C.S.T., modificado artículo 7º de la Ley 50 de 1990).

La Corte Constitucional declaró, por una parte, exequibles los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, y 58 de la Ley 50 de 1990 que permite a los empleados oficiales constituir asociaciones sindicales, consignándose en el fallo correspondiente (Sentencia / C - 110, de 10 de marzo de 1994) la salvedad de que la excepción del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo contenida en la expresión "aun cuando no puedan declarar o hacer la huelga", cuando se refiere a los sindicatos de trabajadores oficiales, se aplica únicamente a los que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales.

En estas condiciones los trabajadores oficiales gozan de fuero sindical en los términos del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los sindicatos de empleados públicos, no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, en concordancia con el mismo pronunciamiento. De otro lado, la misma Corte Constitucional ya había declarado inexecutable el artículo 409 del Código Laboral que excluía del fuero sindical a los empleados públicos (sentencia C - 593 / 93).

Así, la garantía que implica el fuero sindical para algunos trabajadores "de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos..." (artículo 405 C.S.T.) no es posible desconocerla a los empleados públicos quienes, situados frente a la necesidad de la administración de suprimir algunos cargos, no podrán ser desmejorados por la ausencia de un Juez que, determinando una causa justa, autorizara el despido. En consecuencia, si por fuerza de una reorganización administrativa se eliminaran algunos empleos que estuvieran ocupados por empleados públicos sindicalizados, éstos deberán ser trasladados a otros cargos equivalentes, si ello fuere posible y sin alterar su condición laboral. Y ello por cuanto "la situación más favorable al trabajador en caso de duda" se impone en el derecho laboral por mandato superior (artículo 53 C.P.) y obliga a obrar de este modo hasta tanto la ley señale competencia sobre la materia. En caso de no ser posible el traslado, prevalece el principio de la función pública sobre el beneficio del fuero.

En todo caso, cuando en un mismo empleado coinciden las circunstancias de fuero y carrera, las garantías establecidas para estos, se aplican plenamente existiendo en este caso, tanto la opción del traslado como la de indemnización.

En lo que atañe a los trabajadores oficiales que gozan de fuero, éstos se encuentran amparados plenamente por tal garantía ya que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo señala expresamente que "los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores". De tal modo, en este caso, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo se aplica de manera que, las controversias que surjan en relación con el fuero sindical respecto de la justa causa se califican, previamente a cualquier determinación, por el juez del trabajo.

Aplicación de las convenciones colectivas a los empleados públicos.

Según los términos del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, "los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas", luego tampoco pueden gozar de sus beneficios ya que no se les permite participar en ellas.

El anterior criterio fue expresado por la Sala en los siguientes términos:

"Los empleados públicos realizan unas funciones con derecho a percibir una remuneración y unas prestaciones prescritas por la ley. Las convenciones colectivas de trabajo, según se ha expuesto, no pueden ser celebradas por los empleados públicos, sino exclusivamente, por los trabajadores oficiales. Por consiguiente, en las mismas sólo pueden estipularse prestaciones superiores a las prescritas por la ley para los trabajadores oficiales, no para los empleados públicos, a los cuales, por lo mismo, no es posible aplicarles una convención colectiva de trabajo "por simple solidaridad" (concepto de 10 de septiembre de 1987, radicación número 146).

La Sala reitera su criterio para señalar que no hay lugar, conforme a la ley, a extender los efectos de las convenciones a los empleados públicos.

Tasación y pago de indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo por regla general, termina por una de las causales establecidas en la ley.

Sin embargo podría dar lugar a generar efectos sujetos a proceso judicial.

El artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 estableció las siguientes causales de terminación del contrato:

"a) Por expiración del plazo pactado o presuntivo;

b) Por realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuese mayor;

c) Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;

d) Por mutuo consentimiento;

e) Por muerte del asalariado;

f) Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de 120 días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3º. del artículo 44 o que se haya pagado un mes de salarios, sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo;

g) Por decisión unilateral en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49, 50;

h) Por sentencia de autoridad competente"

Respecto del contrato a término fijo señala el artículo 50 del Decreto 2127 de 1945:

"Art. 50. También podrán las partes reservarse la facultad de determinar (sic) unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso dado a la otra con una antelación que no podrá ser inferior al período que, de conformidad con el contrato o el reglamento interno, o con la costumbre de la región, regule los pagos de salario. Esta reserva sólo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo, y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma. Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período".

**LA SALA RESPONDE:**

1. Los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por contrato de trabajo, siempre y cuando la labor desempeñada consista en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.

Los estatutos de los establecimientos públicos precisarán qué actividades excepcionalmente pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado y en las sociedades de economía mixta donde el Estado sea mayoritario, son trabajadores oficiales; sin embargo los estatutos determinarán las actividades de dirección o confianza que se excluyen y que se deben desempeñar por empleados públicos.

Los demás, son empleados públicos y se vinculan al servicio del Estado por relación legal y reglamentaria.

2. La desvinculación del servicio de los trabajadores oficiales está sujeta a las normas que regulan sus relaciones laborales y a las estipulaciones contractuales; no es necesario suscribir contrato antes de dar por terminada la relación laboral. En el evento de que un trabajador oficial haya sido vinculado por relación legal y reglamentaria, debe entenderse que se utilizó un procedimiento equivocado que no altera la circunstancia de que en realidad se trata de un trabajador oficial.

3. Los trabajadores oficiales que han pasado a desempeñar funciones de empleado público y han adquirido este nuevo estatus están sometidos al régimen jurídico de los empleados públicos. Si no están en la carrera administrativa por necesidades del servicio pueden ser servidores sin derecho a indemnización.

4. Los empleados oficiales sindicalizados gozan de fuero sindical así:

Los trabajadores oficiales con fuero no pueden ser desmejorados en sus condiciones laborales sino cuando exista "justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo".

En las mismas condiciones se encuentran los empleados públicos, pero a su respecto, como quiera que la ley no ha señalado el procedimiento pertinente a esta materia, cuando se trate de supresión de empleos, deberán trasladarse a otros equivalentes si fuere posible de manera que no se altere su condición laboral, sin perjuicio del evento cuando coincidan en un mismo funcionario la existencia de fuero y carrera en cuyo caso los beneficios que a éstos corresponden se aplican plenamente, incluida la alternativa de la indemnización.

5. Las indemnizaciones para la terminación del contrato de trabajo se tasan de conformidad con los artículos 42 y 50 del Decreto 2127 de 1945, así:

Las de contratos a término indefinido con el previo pago de un mes de salario.

Las de contratos a término definido con el pago de los salarios correspondientes al tiempo que falta para cumplir el plazo pactado.

6. Los empleados públicos sindicalizados a quienes se suprima el empleo y no estén en la carrera administrativa no tienen derecho a las indemnizaciones que se hubieren pactado en las convenciones colectivas.

7. La indemnización por terminación del contrato de los trabajadores oficiales, se debe cancelar en forma previa o simultánea a la conclusión de la relación laboral.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente, con salvamento de voto; *Javier Henao Hidrón, Luis Camilo Osorio Isaza, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FUERO SINDICAL - Empleado de carrera / PROCESO DE DESAFUERO - Requisito para suprimir el empleo (Salvamento de Voto).

Las facultades del Presidente de la República, de los gobernadores y alcaldes, prescritas por la Constitución, para "crear, suprimir o fusionar empleos" en la correspondiente entidad administrativa (artículos 189, numeral 14, 305, numeral 5º y 315, numeral 7º de la Carta), deben ejercerse en armonía con las demás disposiciones de la Constitución, entre las cuales se cuenta el artículo 39, que reconoce fuero sindical a los empleados y trabajadores oficiales en los casos determinados por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo: la Constitución obliga a surtir previamente el proceso de desafuero del empleado y, con fundamento en la sentencia ejecutoriada que lo disponga, proceder, si se estima conveniente, a suprimir el empleo. Para suprimir un empleo es necesario, como requisito indispensable, surtir el juicio o proceso de desafuero con la finalidad indicada y obrar de conformidad con la decisión judicial que autorice o deniegue el desafuero.

Autorizada su publicación el 14 de junio de 1995.

Salvamento de Voto: *Humberto Mora Osejo*

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número 688

Referencia: Consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, relacionada con la vinculación de los servidores municipales y el procedimiento para su desvinculación.

No comparto el concepto mayoritario por las siguientes razones:

1. El artículo 39 de la Constitución "reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión". Esta disposición constitucional subrogó, en consecuencia, el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo que disponía que no gozan de fuero sindical "los trabajadores que sean empleados públicos" y "los trabajadores oficiales y particulares que desempeñan puestos de dirección, de confianza o de manejo". Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia número C - 593 de 1993, declaró Inconstitucional el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo. De manera que los empleados trabajadores oficiales que se encuentren en cualquiera de las situaciones contempladas por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, gozan de fuero sindical.

2. El fuero sindical es una garantía del derecho de asociación para hacer posible que el sindicato cumpla autónomamente las tareas que le incumben y no sea interferido por el patrono con medidas que, como el cambio, el traslado o la suspensión del trabajador amparado por el fuero, atenten contra su independencia e impidan el cumplimiento de la finalidad que le asignan la Constitución y la ley. De manera que, a diferencia del criterio mayoritario, considero que el fuero sindical, reconocido por el artículo 39 de la Constitución como un "derecho fundamental", es completamente distinto del derecho del empleador o trabajador oficial a permanecer en el servicio a volver a él o a percibir una indemnización compensatoria. En consecuencia, no es aplicable al caso objeto de consulta, la Ley 27 de 1992.

3. Si un empleado está amparado con el fuero sindical, según el artículo 39 de la Constitución, para suprimir el cargo es menester surtir previamente el proceso de desafuero, prescrito por el Código de Procedimiento Laboral, a saber:

a) El artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral atribuye a la Jurisdicción del mismo nombre el conocimiento, entre otras materias, "de los asuntos sobre fuero sindical" que tienen por objeto definir jurisdiccionalmente, si procede o no el desafuero, es decir si se pone o no término a todos los efectos o garantías del fuero;

b) En el caso que es objeto de consulta, el proceso de desafuero debe versar sobre si procede o no el desafuero del empleado para poder

suprimir el empleo: de lo contrario, con el criterio que sustenta la mayoría, no obstante el artículo 39 de la Constitución y la sentencia de la Corte Constitucional número C - 593 de 1993, que declaró Inconstitucional el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, se haría nugatorio el fuero sindical del empleado, como si la mencionada disposición constitucional no estuviera vigente y la referida sentencia no se hubiera proferido: la administración, para suprimir el empleo, en ejercicio de sus facultades administrativas, previamente debe acatar el artículo 39 de la Constitución y la referida decisión de la Corte Constitucional, promoviendo el proceso de desafuero ante el juez competente de la jurisdicción laboral: sólo la sentencia ejecutoriada de la jurisdicción laboral que disponga el desafuero del empleado, le permitiría a la administración, en ejercicio de su competencia, suprimir el empleo;

c) En este caso específico, el aspecto de fondo del proceso o juicio de desafuero radica en verificar procesalmente si el proyecto de supresión del empleo se funda o no en la necesidad del servicio y, por ende, si ella implicaría o no desviación de poder: ésta consistiría en suprimir el empleo para prescindir de la persona que lo ejerza amparada con el fuero sindical. Se trata de Impedir que a fuer de suprimir el empleo se socave al empleado protegido por el fuero;

d) De manera que las facultades del Presidente de la República, de los gobernadores y alcaldes, prescritas par la Constitución, para "crear, suprimir o fusionar empleos" en la correspondiente entidad administrativa (artículos 189, numeral 14, 305, numeral 5°, y 315, numeral 7°, de la Carta), deben ejercerse en armonía con las demás disposiciones de la Constitución, entre las cuales se cuenta el artículo 39, que reconoce fuero sindical a los empleados y trabajadores oficiales en los casos determinados por el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo: la Constitución obliga a surtir previamente el proceso de desafuero del empleado y con fundamento en la sentencia ejecutoriada que lo disponga proceder, si se estima conveniente, a suprimir el empleo;

e) La Constitución, como se ha indicado, "reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión". En consecuencia, de conformidad con el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral, para suprimir un empleo es necesario como requisito indispensable, surtir el juicio o proceso de desafuero con la finalidad indicada y obrar de conformidad con la decisión judicial que autorice o deniegue el desafuero. De manera que este requisito no puede obviarse o sustituirse, como afirma el concepto mayoritario, con el traslado del empleado a otro cargo, sin que esté autorizado expresamente por la Constitución: sólo el proceso de desafuero, que la mayoría desecha, garantiza la plena vigencia del artículo 39 de la Carta Política.

En conclusión, considero que la Sala debió responder que, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución, no es posible suprimir un empleo amparado por fuero especial sin que antes se surta el proceso de desafuero y que éste se disponga mediante sentencia ejecutoriada del juez competente de la jurisdicción laboral.

Fecha, *ut supra*.

Humberto Mora Osejo.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 20:58:00