

Bogotá, D.C. **02 SEP. 2016**

08SE201612030000000850

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado N° 06EE20161200000002285 de Julio de 2016
Fuero Sindical para servidores en provisionalidad.

Respetado (a) Señor (a):

En respuesta a su solicitud radicada con el número del asunto mediante la cual requiere información respecto a él fuero sindical de servidor público en provisionalidad. Esta oficina jurídica se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, "*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*", esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la Republica, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento.

Frente al caso en concreto:

El fuero sindical es una figura jurídica protectora y garantista del ejercicio de asociación, libertad sindical y negociación colectiva, contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone:

***"ARTICULO 405. DEFINICION.** Modificado por el art. 1, Decreto Legislativo 204 de 1957. 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 POR EL FUERO SINDICAL.** Modificado por el art. 12, Ley 584 de 2000. 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. 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.”

El texto subrayado fue declarado inexecutable, es decir, contrario a la Constitución Política de 1991 por la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-201 de 2002.

Adicionalmente, en el artículo 408 del CST se establece que el patrono, para poder despedir a un trabajador aforado, o para desmejorarlo, o para trasladarlo, debe obtener el permiso del juez competente, quien lo negará siempre que no compruebe la existencia de una justa causa. De allí que si se comprueba que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al patrono a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido. Y, si fue desmejorado o trasladado, “se ordenará la restitución del trabajador al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo, y se condenará al patrono a pagarle las correspondientes indemnizaciones”.

Como justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero, el artículo 410 del CST señala las siguientes: “a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días y, b) las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del (CST) para dar por terminado el contrato”.

No obstante lo anterior, existen casos en los cuales la autorización judicial para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, NO es exigida. En efecto, en el caso puntual de los empleados en provisionalidad, cuando es realizado el correspondiente concurso público de mérito, el

Decreto 760 de 2005, por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, en su artículo 24, establece lo siguiente:

"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."
(Negrillas fuera de texto original)

La Constitucionalidad de esta norma fue analizada por la Corte Constitucional, en Sentencia C - 1119 de 2005, examinando la naturaleza de la Carrera Administrativa, la función del nombramiento en provisionalidad y el fuero sindical, ante el reproche de los demandantes, respecto a que en la norma en mención se habrían desbordado facultades al regular asuntos de fuero sindical cuya regulación correspondía al legislador, quien históricamente lo habría hecho a través del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto se estudió el asunto de la siguiente manera:

5. El retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad no requiere autorización judicial. Conexidad entre el retiro del servicio en esas condiciones y la provisión de empleos mediante concurso público de méritos, como asunto propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5.2. Ya se señaló que el interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, así como un principio orientador de la función pública. En esas condiciones, la administración puede acudir al nombramiento de cargos en provisionalidad en procura de logro de los fines esenciales del Estado, mientras se puede proveer definitivamente el empleo con personas que superen las condiciones y requisitos del proceso de selección o concurso de méritos señalados por la ley, en cumplimiento del mandato consagrado en el Artículo 125 de la Carta Política.

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtirse ante esa entidad y por la misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el periodo de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

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 (CP ad 125) (...)

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues como lo sostienen tanto la entidad interviniente como el Ministerio Público, lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha de surtirse ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 125 de la Constitución Política. No se trata en este caso de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la garantía del fuero sindical, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa.

*El despido del trabajador sin **calificación** judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, **como** lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección². Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser **precedido** de un **acto** administrativo motivado³ que pueda ser*

controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos. (Negrilla es nuestra)

Del sentido de la decisión judicial transcrita, se puede colegir que aunque el artículo 405 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo es aplicable a empleados provisionales, para estos existen tres (3) situaciones taxativamente establecidas, que hacen plenamente procedente el retiro del cargo sin necesidad de que esta causa justa sea declarada judicialmente, toda vez que se tratan de hechos objetivos, que devienen de la propia naturaleza de nombramiento provisional, y que por ende operan en función del interés general y el mandato establecido en el artículo 125 de nuestra Constitución Política.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este Despacho consideraría que para proceder al retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad si no se evidencia el respectivo concurso de meritos para proveer el cargo deberá adelantarse la respectiva autorización Judicial so pena de las sanciones administrativas a que haya lugar

Por consiguiente de considerar vulnerados sus derechos Colectivo laborales podrá acudir ante el Inspector de Trabajo de su jurisdicción quien adelantara el respectivo proceso administrativo sancionatorio.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia Laboral.
Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor: Yadira R.
Elaboró: Yadira R.
Revisó: Ligia R.
Aprobó: Zully A

Ruta electrónica: F:\Junio 28\RADICADO N° ID 90092 fuero Sindical.docx



MINTRABAJO



Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co

ISO 9001
NTC GP 1000
BUREAU VERITAS
Certification



C0240250 / GP0273