



Función Pública

Concepto 313331 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000313331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000313331

Fecha: 25/08/2021 04:20:05 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Derecho de asociación sindical. Radicado: 20212060536382 del 22 de julio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Trabajo, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

“1. Dentro del marco normativo que regula la materia en todo lo relacionado con el tema laboral, sindical y carrera administrativa ¿es procedente que estas personas que ganaron el concurso y entran en etapa de inducción en la entidad territorial puedan hacer parte o integrar el nuevo sindicato?”

2. ¿Es procedente que el personal adscrito a la planta global con naturaleza de cargo de libre nombramiento y remoción hagan parte del sindicato y que limitantes o restricciones tienen dentro del mismo?” (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Constitución Política de 1991, consagra:

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

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.

La Ley 50 de 1990, «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones», en su Artículo 38 que modifica el Artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T), establece:

ARTÍCULO 353. Derecho de asociación.

1. De acuerdo con el Artículo 12, el Estado garantiza a los empleadores, a los trabajadores y a todo el que ejerza una actividad independiente, el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a éstos el derecho de unirse o federarse entre sí.

2. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse, en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las normas de este título, y están sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno en cuanto concierne al orden público y en particular en los casos que aquí se establecen.

3. Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Conforme a la normativa en cita, todos los empleados pueden asociarse libremente en defensa de sus derechos formando sindicatos en los términos de los Artículos 359 y siguientes del C.S.T. De igual manera, el Artículo 406 del citado Código Sustantivo del Trabajo define los empleos susceptibles de ser amparados por el fuero sindical, así:

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 2005¹. 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.

Por su parte, el Artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005², «Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones», enumera los siguientes casos cuando no se requiere la autorización judicial para retirar del servicio a los aforados:

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.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Dentro del marco normativo que regula la materia en todo lo relacionado con el tema laboral, sindical y carrera administrativa ¿es procedente que estas personas que ganaron el concurso y entran en etapa de inducción en la entidad territorial puedan hacer parte o integrar el nuevo sindicato?

En virtud del derecho constitucional y legal de asociación sindical, quienes ingresan a la carrera pueden conformar y ser parte de un sindicato. Sin embargo, el nominador, sin autorización judicial, puede retirarlo del servicio en caso de no superar satisfactoriamente el periodo de prueba.

2. ¿Es procedente que el personal adscrito a la planta global con naturaleza de cargo de libre nombramiento y remoción hagan parte del sindicato y que limitantes o restricciones tienen dentro del mismo?

Al igual que los empleados que ingresan a la carrera, el derecho constitucional de asociación también incluye a los empleados de libre nombramiento y remoción. No obstante, los mismos tienen algunas restricciones, a saber:

(i) Quienes desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozan de fuero sindical.

(ii) No podrán formar parte de la junta directiva del sindicato si se desempeñan como altos directivos en la respectiva entidad.

Por ende, legalmente, 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.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004».

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

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 10:23:15