



Función Pública

Concepto 365561 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000365561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000365561

Fecha: 05/10/2021 04:06:34 p.m.

Bogotá D.C.

REF: FUERO SINDICAL. Aforados. Procedimiento para levantar fuero sindical a un empleado de Libre Nombramiento y Remoción. RAD. 20212060628162 del 16 de septiembre de 2021.

Respetado señor, reciba un cordial saludo.

Acuso recibo del oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte del Ministerio del Trabajo mediante el cual consulta.

■Cuál es el procedimiento para levantar fuero sindical a un empleado de Libre Nombramiento y Remoción.

■La insubsistencia en atención a la facultad discrecional del nominador, sería justa causa. Se requiere agotar proceso de levantamiento o existe algún procedimiento especial para este tipo de empleos.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle.

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, la Ley 909 de 2004, Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala:

«Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

[...]

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no

motivado.» (Destacado nuestro)

El Decreto 2400 de 1968, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones», establece:

«Artículo 26º. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.» (Subrayado nuestro)

El Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, indica:

«ARTÍCULO 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.» (Destacado nuestro)

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

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.)» (Subrayado 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 2004 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.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta, emitió el concepto No. 00400 del 30 de octubre de 2013, con ponencia del Consejero William Zambrano Cetina, de especial interés para el caso en estudio. Indicó el concepto:

«De allí entonces que se haya concluido por la jurisprudencia, que despedir o desmejorar las condiciones de trabajo del empleado sujeto al fuero sindical, sin que medie autorización judicial previa, constituye una violación de la Carta Política, particularmente, a los derechos fundamentales de asociación sindical, libertad sindical, debido proceso y fuero sindical. En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado:

Por tanto, es el juez del trabajo quien debe previamente determinar si existe o no justa causa para el despido, desmejora o traslado del trabajador aforado. “De no ser así, la garantía del fuero sindical resultaría nugatoria para este tipo de trabajadores, situación que conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de asociación, libertad sindical y fuero sindical dado que este último no es cosa distinta a un derecho derivado de aquellos, todos consagrados constitucionalmente.»

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

■ Cuál es el procedimiento para levantar fuero sindical a un empleado de Libre Nombramiento y Remoción.

R/. De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, en tratándose de servidores públicos amparados por fuero sindical, la expedición de los actos administrativos de ejecución de sanciones se condiciona al cumplimiento de los trámites judiciales que la ley (artículos 113 y siguientes del Código Procesal del Trabajo) consagra para efectos de obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, ello con el fin de otorgar plena eficacia a la protección especial consagrada por el Artículo 39 de la Carta y desarrollada por los artículos 405 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

Según lo expresado por dicha Corporación, la efectividad de la garantía constitucional y legal del fuero sindical, exige que antes de proceder a la expedición de los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias, se debe obtener del juez laboral competente la calificación judicial de la justa causa a fin de proceder a la desvinculación del servidor en forma legal.

■ La insubsistencia en atención a la facultad discrecional del nominador, sería justa causa. Se requiere agotar proceso de levantamiento o existe algún procedimiento especial para este tipo de empleos.

R/. Los empleados de libre nombramiento y remoción que desempeñen cargos de dirección o administración dentro de la entidad no gozan de fuero sindical y, por lo tanto, resulta viable la declaratoria de insubsistencia con fundamento en la normativa previamente mencionada. Para los demás debe obtenerse el permiso respectivo con el fin de levantar el fuero sindical.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:55:52