



Función Pública

Concepto 144451 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000144451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000144451

Fecha: 20/09/2013 10:15:17 a.m.

Bogotá D. C.,

Ref.: VARIOS. Fuero sindical para empleados nombrados en la modalidad provisional. Rad. 20132060129992 del 21 de agosto de 2013

En atención a la consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

De manera general, en relación con los empleados vinculados en provisionalidad, señalamos que esta modalidad de vinculación es una forma de proveer de manera transitoria los empleos de carrera, cuando se presenta una vacante y en el evento en que no haya personal de carrera que cumpla con los requisitos para ocuparlo (Art. 25 de la Ley 909 de 2004).

Respecto al retiro del servicio de los empleados en provisionalidad que tienen fuero sindical, el artículo 24 del 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, dispone:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia [C -1119](#) del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por

medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 24 del Decreto 760 de 2005, manifestó:

“Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 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. art. 125).”

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos.

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el 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 surtir 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 predicen 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 selección¹⁷. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado¹⁸ que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

De lo expuesto concluye la Corte, que las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, para expedir normas con fuerza de ley para dictar el "procedimiento que ha de surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cumplimiento de sus funciones", no fueron desbordadas con la expedición del artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005, pues al examen de dicha disposición encuentra la Corte que el Gobierno Nacional reguló lo relacionado con el retiro del servicio de los empleados que desempeñando un cargo en provisionalidad no superen el proceso de selección que les permita acceder a los cargos de carrera por el sistema de méritos, como lo consagra el artículo 125 de la Constitución Política. En ese orden de ideas, no hay lugar a declarar la inexecutable de la norma acusada, por cuanto existe una clara correspondencia entre las facultades concedidas por la instancia legislativa y las ejercidas por el ejecutivo.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la norma y jurisprudencia en cita, el retiro de los empleados con nombramiento provisional que tienen fuero sindical no requiere autorización judicial, cuando se trate de proveer el cargo con quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la Administración mediante resolución que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias sino en cumplimiento del proceso de selección para el ingreso a la función pública, razón por la cual no es necesario verificar

la existencia o no de justas causas para el retiro del empleado aforado.

Ahora bien, si la causa para dar por terminado el nombramiento provisional no es la aplicación de una lista de elegibles, es importante tener en cuenta las siguientes garantías derivadas del fuero sindical, así:

La Constitución Política de 1991 señala:

“ARTÍCULO 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. (Subrayado fuera del texto).

La Ley 584 de 2000, por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTÍCULO 12. Modifíquese el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 57, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 406. Trabajadores amparados por el fuero sindical.

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.

PARÁGRAFO 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.

PARÁGRAFO 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.”

Respecto del retiro de empleados públicos con fuero sindical, la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2001 señaló:

“El retiro del servicio de empleados públicos y trabajadores oficiales amparados con fuero sindical requiere previa autorización judicial. Al respecto es necesario resaltar que la ley en ningún momento establece que el permiso judicial previo para despedir trabajadores aforados no se aplique a los casos de reestructuración de entidades administrativas.

Así mismo en Sentencia C-593 de 1993 afirmó:

“Si se comparan la norma legal acusada (Art. 409 del Código Sustantivo del Trabajo) y la superior (Art. 39 de la Carta), se tiene que concluir que el Constituyente de 1991 consagró, en el artículo 39, el derecho al fuero sindical sin restricción diferente a la establecida en su último inciso para los miembros de la Fuerza Pública. Éstos, en ningún caso tendrán derecho al fuero sindical, porque la Constitución les negó el derecho, previo y necesario, de la asociación sindical.

Así, de la comparación de la norma acusada con la norma superior, hay que concluir que el Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dió consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlos del derecho al fuero sindical.

Resulta entonces que las garantías para los sindicatos y la sindicalización, son significativamente más amplias en la Constitución de 1991, de lo que eran en la Constitución de 1.886. Ello no se debe a un capricho del constituyente, ni es resultado de acuerdos obligados por la composición multiestamentaria de la Asamblea Nacional Constituyente; en la regulación actual de las garantías y libertades sindicales y de sindicalización, se desarrolla el Título I de la Carta, "De los Principios Fundamentales" y, en especial, el artículo 1º, que constituye a Colombia como un Estado social de derecho, cuya forma de organización republicana se funda, entre otros valores, en el trabajo. Así mismo, el artículo 2º del Estatuto Superior que, al definir los fines esenciales del Estado, incluyó entre ellos: "... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica... de la Nación;... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

En consecuencia, los empleados públicos tienen el derecho de constituir sus sindicatos sin intervención del Estado, de inscribir las correspondientes Actas de Constitución que les otorgan reconocimiento jurídico y, en consecuencia, tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el Constituyente de 1991 reconoció: "el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión."

En conclusión, el numeral 1º del artículo 409 del Código Sustantivo Laboral, viola el artículo 39 de la Constitución de 1991, por lo que ha de ser declarado inexecutable." (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior se concluye que las normas que buscan garantizar el derecho de asociación de los empleados públicos (incluyendo a los que tienen nombramiento provisional) y trabajadores del sector privado – de rango constitucional-, establecen que para proceder a retirar a los empleados con fuero sindical, es necesario que previamente se obtenga la autorización del juez laboral al determinar que existe justa causa para dicho retiro.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 02:54:33