**Concepto 118047**

Bogotá, D.C. 15 JUL 2014

**ASUNTO: Radicado No. 89001 Levantamiento fuero sindical funcionarios con nombramiento provisional**

En atención a la comunicación referenciada en el asunto, a través de la cual consulta a este Ministerio si es procedente retirar del servicio a un servidor público nombrado en un cargo provisional que a su vez goza 'de la garantía de fuero sindical sin previa autorización judicial, le informo:

**Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:**

*De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4108 de 2011, "Por el cual se modifican los objetivos y la estructura de/Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del 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 República, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador más no de obligatorio cumplimiento.*

En este sentido, debe aclararse que tampoco ostenta la competencia para pronunciarse sobre materias que competen al Departamento Administrativo de la Función Pública, como quiera que la segunda inquietud formulada en su escrito se orienta a la procedencia del retiro del servicio de un funcionaria(o) en estado de gravidez, madre o padre cabeza de familia, que padezca una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, con incapacidad superior a 180 días o prepensionado(a), ello, con el fin de cumplir con los nombramientos debidos siguiendo la lista de elegibles.

Por lo anterior, se dio traslado de su comunicación de la Directora Jurídica del Departamento Adíninistrativo de la Función Pública para que le dé la atención que corresponda.

Consideraciones

Con el objeto de absolver su consulta respecto de la procedencia del retiro del servicio de un servidor público provisional sin agotar el proceso especial de levantamiento de fuero sindical, debe tenerse en cuenta un aspecto central, que se encuentra consagrado en nuestra Carta Política de 1991, en el artículo 125, así:

*"ARTICULO 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.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)"*

En consonancia con lo precedente, podemos recordar que el nombramiento en provisionalidad es una manera transitoria de proveer un empleo de carrera, que se encuentra vacante de manera provisional o definitiva según lo establecido en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004. Destacando que a este tipo de nombramiento acude la Administración Pública con la finalidad de dar cumplimiento a los fines del Estado, mientras son convocados los concursos de méritos correspondientes para ocupar estos cargos de forma definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de Ley 909 de 2009.

Por su parte, el fuero sindical es una figura del derecho laboral colectivo, que constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical en cabeza de los representantes sindicales y/o fundadores de un sindicato, la cual se encuentra establecida constitucionalmente en el artículo 39, inciso 4 de la Carta Fundamental, que señala:

*"Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión",*

Figura jurídica desarrollada en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto Ley 204 de 1957, articulo 1°, que preceptúa:

*"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 259 a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo"*

Ahora bien, los cargos amparados por la protección foral se consagran en el artículo 406 del citado código, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 57, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 12 que establece:

"ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el Artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:>

Están amparados por el fuero sindical:

1. 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;
2. 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;
3. 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;
4. <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 secá-designacion-organización sindical(..)"

A su turno, el artículo 407 del Código Sustantivo del Trabajo consagra lo siguiente:

*"ARTICULO 407. MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA AMPARADOS.*

*1. Cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo solo se extiende a los cinco (5) primeros principales ya los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato pase al (empleador).*

*2. La designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al (empleador) en la forma prevista en los Artículos 363 y371. En caso de cambio, el antiguo miembro continúa gozando de/fuero durante los tres*

*(3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad de/periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa IPSO facto para el sustituido.*

Del contenido de la norma trascrita se desprende, que los fundadores como las directivas de las organizaciones sindicales del sector público, tanto trabajadores oficiales como empleados públicos, ya sean de libre nombramiento y remoción, provisionalidad o de carrera administrativa, gozan del fuero sindical, con excepción de aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

La mencionada protección exige por tanto que ciertos trabajadores que ocupan cargos de representación sindical o que hayan conformado una organización sindical recientemente no sean desvinculados laboralmente, trasladados o desmejorados, sin:

*1. Que el despido, traslado o desmejora se haga con justa causa, y*

*2. Que se haga con autorización judicial.*

Ante lo cual, para levantar el fuero sindical se requiere elevar solicitud al Juez Laboral, en donde se expresen y se sustenten claramente, los motivos por los cuales se va a tomar la decisión de despedir, trasladar o desmejorar de sus condiciones laborales a un trabajador aforado por parte de la empresa.

Sin embargo, 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 e/ 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)*

En nuestro concepto esta es una norma especial, que no deroga o modifica los artículos 405 a 407 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 1 del Artículo 53 de la Ley 909 de 2004, sería aplicable de acuerdo al principio de interpretación de la ley que dicta que la norma especial prevalece sobre la general (artículo 3° de la Ley 153 de 1887).

El mencionado precepto, estableció tres causales justas para proceder al retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad sin necesidad de acudir al Juez Laboral para el levantamiento del fuero sindical, esto es:

1. *Cuando no se haya superado el período de prueba,*
2. *Cuando el empleo ocupado en provisionalidad sea ofertado en un concurso público y las persona no participe en el mismo y*
3. *Cuando sometido el cargo al concurso de mérito, el empleado provisional no ocupe t)os puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.*

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 pro visionalidad 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 se surtirse ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 125 de la Constitución Politica. 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 provisíonalidad 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 predican 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.

Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto, este Despacho consideraría que para proceder al retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad a efecto de cumplir con el debido nombramiento en propiedad de acuerdo con la lista de elegibles resultante del Concurso Público de Méritos correspondiente, no es necesario agotar el proceso especial de levantamiento de fuero sindical ante el Juez Laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual, las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

**ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA**

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica