

CIRCULAR 165 DE 2018

(septiembre 20)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

<Esta norma no incluye análisis de vigencia>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: DIRECTORES DE AREA, JEFES DE OFICINA, DIRECTORES REGIONALES, SUBDIRECTORES DE CENTRO Y DEMAS SERVIDORES PUBLICOS DEL SENA.

Asunto: Alcance a la Circular denominada: Competencia para el levantamiento del Fuero Sindical al momento hacer efectiva una sanción disciplinaria.

La Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del SENA, dando alcance a la circular con radicado No. 3-2018-000154 del 11/08/2018, se permite informar a los Servidores Públicos de la Entidad, quienes son los funcionarios competentes para levantar el fuero sindical, cuando debe levantarse el fuero sindical y quienes deben levantar el fuero sindical, en los siguientes términos:

El fuero sindical es una figura del derecho laboral colectivo, consagrada en el inciso 4 del artículo [39](#) de la Constitución Política de Colombia, el cual consiste en garantizar protección a los derechos constitucionales de asociación y libertad sindical, que tienen los representantes sindicales y/o los fundadores de cualquier sindicato, a quienes se les da el derecho a no ser despedidos, desmejorados en sus condiciones laborales, o trasladados a otro sitio o lugar de trabajo, sin que exista justa causa comprobada.

Esta protección garantiza que ciertos trabajadores que ocupan cargos de representación sindical o que hayan conformado recientemente una organización sindical, no sean desvinculados laboralmente, trasladados o desmejorados, salvo que:

1. El despido, traslado o desmejora se haga con justa causa, y
2. Se haga con autorización judicial.

Así las cosas, el legislador en el artículo [405](#) del Código Sustantivo del Trabajo, desarrolla el mandato constitucional de la siguiente manera:

"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." (Negrilla fuera de texto).

Oe ese modo, el legislador dispuso en el artículo [406](#) del citado código, cuales son los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical y los enuncia de la siguiente manera:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día que se constituyó el sindicato, hasta 2 meses después que fue realizada la inscripción en el registro sindical, sin que se exceda de 6 meses.
- b) Los trabajadores que antes de la inscripción en el registro sindical hayan ingresado al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que se estableció para los

fundadores.

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin que se pasen de 5 principales y 5 suplentes. También los miembros de los comités seccionales, sin que se pasen de un principal y un suplente. Este amparo se hace efectivo solamente por el tiempo que dure el mandato y 6 meses más.

d) Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que nombren los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y por 6 meses más, y se aclara que sin que pueda existir en una empresa más de una 1 comisión estatutaria de reclamos.

Este artículo [406](#) establece que se exceptúa del fuero sindical los funcionarios públicos que ejercen jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración en este caso en el SENA, así mismo, para que un funcionario pueda probar que tiene fuero sindical, deberá exhibir el certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación del nominador.

De igual modo, el artículo [407](#) del Código Sustantivo del Trabajo dispone, cuáles son los miembros de la junta directiva que son amparados por el fuero sindical, e indica cuál es el tiempo y el modo en que estas personas aforadas estarán cubiertas por las garantías dadas por el Riera así:

En el evento que la directiva se componga de más de 5 principales y más de 5 suplentes, el amparo solo se extiende a los 5 primeros principales y a los 5 primeros suplentes que conformen la lista que el sindicato haya presentado al nominador, bajo el entendido que el nominador en el SENA, puede ser el Director General o los Directores Regionales.

Igualmente, la designación de toda la junta directiva de los sindicatos o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al nominador en la forma prevista en los artículos [363](#) y [371](#) del C.S.T., es decir, que para realizar la notificación, una vez realizada la asamblea de constitución de la junta directiva, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo nominador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o el alcalde, inmediatamente, deberán pasar una comunicación igual al nominador.

De tal manera, el artículo [363](#) del referido Código, consagra que en caso de cambio de miembros, el antiguo miembro continúa gozando del 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 del periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa para el sustituido y en los casos de fusión de dos o más organizaciones sindicales, siguen gozando de fuero los anteriores directores que no queden incorporados en la Junta Directiva renovada con motivo de la fusión, hasta tres (3) meses después de que ésta se realice.

Ahora bien, el artículo [371](#) consagra el caso en que se produzcan cambios en la junta directiva de un sindicato ya sea en forma total o parcial, los cuales deben ser comunicados en los mismos términos indicados en el artículo [363](#), y mientras no se llene este requisito el cambio no surte ningún efecto.

De conformidad con lo anterior, queda entendido que los fundadores de los sindicatos, como las directivas de las organizaciones sindicales del sector público, tanto trabajadores oficiales como empleados públicos, que sean de libre nombramiento y remoción, nombrados en provisionalidad o en carrera administrativa, gozan del fuero sindical, con las excepciones manifestadas anteriormente.

A pesar de lo anterior, existen algunas excepciones en las cuales no se exige dicha autorización judicial para destituir al funcionario amparado por el fuero sindical, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005 que indica:

1. Cuando no superen el periodo de prueba.
2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.
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.

Ahora bien, en caso que sea necesario solicitar el levantamiento del fuero sindical, con el objetivo de ejecutar una sanción disciplinaria que se encuentre debidamente ejecutoriada por las instancias correspondientes dentro del SENA, el nominador deberá elevar una solicitud ante el Juez Laboral, en la cual se manifiesten y sustenten claramente los motivos por los cuales se requiere la decisión de despedir, en nuestro caso, es la decisión de destitución del funcionario, cuando se advierta que existe una causa justa, la cual fue producto de un proceso disciplinario. Dicha solicitud deberá cumplir los requisitos contemplados en los artículos [113](#) a [115](#) del Código Procesal del Trabajo, que consagran el trámite judicial a seguir en estos casos.

En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado en Sentencia T-253/05 lo siguiente:

"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".

La determinación de las justas causas para desvincular de la administración a un empleado aforado y sobre todo si se trata de servidores públicos, están previstas por el ordenamiento legal en el artículo [41](#) de la ley 909 de 2004, y entre ellas, se encuentra el caso de la destitución como producto de una sanción en un proceso disciplinario en los términos del artículo [45](#) de la ley 734 de 2002.

Es decir, que adicional a la existencia de una justa causa para desvincular al trabajador amparado por el fuero sindical, se necesita la calificación de esta por un tercero imparcial, que no es otro que el juez laboral, luego dicha causa justa, no puede ser calificada motu proprio por la entidad estatal.

Respecto al trámite de solicitud de levantamiento del fuero sindical nos ilustra la Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en dicho pronunciamiento se declararon exequibles algunos apartes de los artículos [113](#), [114](#) y [118](#) del Código Procesal del Trabajo, en ella se resolvió lo siguiente:

"Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo [114](#) del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo [1](#)o de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia" y "se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto", siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo [39](#) de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio.

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo [118](#) del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo [1](#)o de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo [39](#) de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponerla acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo [118](#) del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo [1](#)o de la Ley 141 de 1961.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo [113](#) del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo [1](#)o de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo [13](#) inciso 2o, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I. T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo". (Negrilla fuera de texto)

Se advierte por otra parte, que cuando la sanción impuesta al trabajador aforado consista en la destitución del cargo como servidor público, y en caso que no haya mediado previamente la autorización judicial del cual ya se hizo referencia, será procedente la acción de reintegro del trabajador por virtud del Artículo [408](#) del Código Sustantivo de, Trabajo, pues hacerlo de otro modo, se estaría violando la Constitución Política y se incurriría en vías de hedió, afectando directamente los derechos fundamentales de asociación sindical, libertad sindical, debido proceso y hiero sindical del servidor público, sin perjuicio de las indemnizaciones que eventualmente deba asumir la entidad, por este concepto y como consecuencia de la acción de reintegro.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para la ejecución de las sanciones disciplinarias, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los numerales 3, 5 y parágrafo del artículo [172](#) de la Ley 734 de 2002, que preceptúan:

"La sanción impuesta se hará efectiva por:

3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera

5. Et representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales

PARÁGRAFO. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarse, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación. (Subraya fuera de texto)

Atendiendo a lo expuesto, dado que no existe una facultad específica en la ley que autorice a la entidad pública para proceder autónomamente al levantamiento del fuero, es necesario acudir a la vía señalada expresamente por el legislador, por mandato de control judicial, es decir, que la garantía constitucional del fuero sindical nos obliga a acudir ante el juez laboral para que este califique la justa causa y consecuentemente, si así lo considera, consienta la desvinculación del empleado aforado, siempre que se trate de una sanción de destitución como producto de una decisión adoptada por la Oficina de Control Interno Disciplinario a través de un proceso disciplinario, que se puede sintetizar de la siguiente manera:

Un proceso disciplinario contra funcionarios y servidores del SENA, comienza con una queja o un informe que comunica un hecho presuntamente relevante a la luz de la Ley [734](#) de 2002, usualmente se origina con una indagación preliminar, para luego pasar a una apertura de investigación, dependiendo del material probatorio recaudado, mediante la cual se consolidan las pruebas que darán soporte a la formulación de los cargos contra el investigado, quien durante todo el proceso ha gozado del reconocimiento a sus derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso, entre otras garantías, incluyendo su derecho a rendir la versión libre de los hechos desde su propio punto de vista. Una vez escuchados los descargos, el despacho debe pronunciarse con una decisión en sede de primera instancia la cual será sujeta a la opción de interponer recurso de apelación para consultar dicho fallo con el superior jerárquico, que en nuestro caso del SENA, es el Director General.

En caso de confirmar el fallo sancionatorio de destitución proferido por la primera instancia, regresará a la Oficina de Control Interno Disciplinario, para que comunique lo resuelto y cumpla lo ordenado por el superior, de tal manera que una vez se encuentre en firme el fallo sancionatorio definitivo y se deba proceder a la ejecución de la sanción de destitución del funcionario que goza del fuero, la OCID, pierde la competencia y será el momento para que el nominador impulse y de inicio al trámite de levantamiento del fuero sindical ante la jurisdicción ordinaria laboral, tal como quedó expuesto en el presente documento.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA LANDAZABAL ORTIZ

Jefe Oficina de Control Interno Disciplinario

Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo