

8120-OFAJU

001199

Bogotá, D.C., 17 ABR 2015

Señor
Brigadier General
JORGE LUIS RAMÍREZ ARAGON
DIRECTOR GENERAL INPEC

Referencia: concepto jurídico.

Tema: sobre desvinculación de la señora Ligia Amparo León Sánchez, servidora con fuero sindical

Solicitante: Director General del Instituto

Cordial saludo

Del conjunto de documentos enviados a la Oficina Asesora Jurídica por parte de la Subdirección de Talento Humano, emerge con claridad que a través de la Resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014, el Director General del Inpec nombró en periodo de prueba a la señora Laura Milena Ferro Mancera, identificada con cedula de ciudadanía No 53.046.152, en el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13, y como consecuencia de ello en el artículo 3° del citado acto administrativo, declaró terminado el nombramiento provisional de la señora Ligia Amparo León Sánchez, identificada con cedula de ciudadanía No 63.287.277, quien en tal fecha gozaba de comprobado fuero sindical.

I. Problema jurídico

De la situación narrada antes surge este problema jurídico: ¿Debe reintegrarse a la aforada Ligia Amparo León Sánchez, porque el Inpec al contar con un número de empleos de profesional Especializado 2028-grado 13, superior al número de elegibles, dejó de aplicar el orden de preferencia previsto en el Decreto 1894 de 2012 y por ese motivo despidió a la mujer?

II. Respuesta

Con el fin de absolver el problema planteado resulta necesario analizar estos temas: concepto de fuero sindical y su alcance en las convocatorias, el fuero frente a los derechos del ganador del empleo mediante concurso y el caso concreto.

2.1. Concepto de fuero sindical

El artículo 39 de la Constitución nacional dentro del derecho fundamental de asociación sindical, salvo para los miembros de la Fuerza Pública, garantizado para constituir sindicatos o asociaciones, reconoce a los representantes sindicales "el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión".

En el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957, denomina "fuero sindical (...) a 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.

El artículo 406 del mismo libro, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, presenta un elenco de trabajadores amparados por el fuero sindical y un término de duración del fuero¹, y en el párrafo 1º este artículo extiende la garantía del fuero sindical en semejantes términos a los servidores públicos, a excepción de quienes ejercen jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

El párrafo 2º prevé la calidad o tipo de prueba tendiente a demostrar el fuero sindical, como lo es la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

El artículo 407 del mismo libro, exhibecúales miembros de la junta directiva tienen amparo sindical.²

¹a) 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.

²1. 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 y a los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato presenta, y 2. La designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse en la forma prevista en los artículos 363 y 371. En caso de cambio, 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 período estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa ipso facto para el sustituido, y 3. 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.

En esa forma, no hay ningún asomo de duda que la figura del fuero, su propósito, sus beneficiarios, el término, la prueba de esa calidad encuentra suficiente respaldo normativo en el conjunto de normas señaladas antes.

2.2. Alcance del fuero sindical en las convocatorias

El fuero sindical³ al igual que los demás derechos fundamentales no aparece en el panorama jurídico como un derecho absoluto, intocable, con estabilidad ilimitada, pues el mismo en ocasiones resulta intrascendental ante la ocurrencia de ciertos actos como sucede con la declaratoria ilegal del cese de actividades o la pérdida del empleo en un cargo ofrecido al público mediante concurso de méritos, sin desconocer los derechos del aforado sobre solicitud judicial de reintegro, a fin de obtener el mismo y la debida cancelación de salarios y prestaciones de dejados de percibir desde la fecha de despido sin autorización judicial, o el derecho a ejercer acción de restitución ante el juez laboral a las condiciones de trabajo normales luego de que es trasladado o desmejorado sin la autorización de aquel tipo de funcionario.

En el desarrollo jurisprudencial el fuero sindical tiene un reconocimiento de mayor protección frente a determinadas circunstancias de inferioridad o debilidad manifiesta que pueden afectar a los trabajadores y determinados servidores públicos, cuyo fin es obtener una estabilidad reforzada que restringe el ejercicio de derechos del empleador como la terminación unilateral del contrato de trabajo o la declaratoria de insubsistencia o terminación del nombramiento provisional.

Por la trascendencia del desarrollo jurisprudencial, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1984 de 2012, y allí estableció un sistema de prevención cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección está conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer.

III. El fuero sindical frente a los derechos del ganador del empleo mediante concurso.

El fuero sindical al no emerger a manera de derecho fundamental absoluto, en ocasiones tiene enfrentamiento con derechos de terceros como ocurre con la convocatoria de concurso de méritos para proveer vacantes definitivas en empleos de carrera administrativa. En casos de tal índole, cuando el aforado sindical pierde el concurso, el fuero de por sí, carece de eficacia para contrarrestar los derechos del ganador del empleo. Y la razón es sencilla: el reconocimiento constitucional del fuero sindical solo tiene como fin garantizar el cumplimiento de la gestión sindical.

³Constitucional, circunstancial o convencional

IV. El caso concreto

4.2. Antecedente real

El 11 de diciembre de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No 297 del 11 de diciembre de 2012, a través de la Convocatoria 250 de 2012, citó a concurso abierto de méritos a efectos de proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa de la Planta de Personal Administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

El 19 de septiembre de 2014, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución No 1976, conformó la lista de elegibles para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 13, con el propósito de proveer 5 vacantes de este empleo, oferta 203714, y por ello la Subdirección de Talento Humano al revisar la planta de personal determinó que era necesario terminarcinco (5) nombramientos provisionales.

El 19 de diciembre de 2014, el Director General del Inpec expidió la Resolución No 005033, y allí nombró en periodo de prueba a la señora Laura Milena Ferro Manera, identificada con la cedula de ciudadanía No 53.046.152, quien tomó posesión del empleo el día 5 de marzo de 2015.

En el artículo 3º del acto administrativo resolvió terminar el nombramiento provisional que ostentaba la señora Ligia Amparo León Sánchez, identificada con la cedula de ciudadanía No 63.287.277.

En esa forma la mujer -León Sánchez-, estuvo vinculada al Instituto hasta el día 4 de marzo del presente año, pero desde el 25 de febrero de 2015, manifiesto su inconformidad por la decisión bajo el argumento principal de tener fuero sindical, amparo que impedía al Inpec desvincular sin antes revisar esa condición y otras situaciones

Ante el requerimiento de la desvinculada, la Subdirección de Talento Humano procedió a revisar la base de datos del Grupo de Asuntos Laborales y estableció que Ligia Amparo León Sánchez, el día de la fecha de separación de Inpec -19 de diciembre de 2014-, tenía fuero sindical.

4.3. El motivo de la terminación del nombramiento provisional

La subdirectora de Talento Humano en proyecto de resolución presentado a la Oficina Asesora Jurídica, afirmó "que el Inpec para el 4 de marzo de 2015 contaba con un número de empleos de profesional Especializado 2028-grado 13, superior al número de elegibles" y por ello solicitaría a la Dirección General del Inpec, revocar el artículo 3º de la resolución No 005033 del 19 de diciembre de

2014, donde resolvió terminar el nombramiento provisional de la señora Ligia Amparo León Sánchez.

En el documento suscrito por la Subdirectora de Talento Humano y que forma parte integral de este concepto, leemos: "para la fecha en la fecha en la cual se desvinculo, se contaba con más empleos de la misma denominación de la que desempeñaba y por tanto se le debe dar estricto cumplimiento al decreto 1894 de 2012".

De lo afirmado por aquella servidora pública emerge con claridad que al momento de presentar a la aforada como candidata al despido en el correspondiente proyecto de resolución, la subdirección de Talento Humano carecía de certeza sobre el número de empleos de Profesional Especializado 2028 – 13, que el Inpec tenía para proveer con motivo del concurso de méritos, y también desconocía el fuero protector de la señora Ligia Amparo León Sánchez, aspectos trascendentales en el desarrollo del ejercicio funcional de esa subdirección y con incidencia directa en la escogimiento de las personas que debían dejar el empleo a efectos de permitir el ingreso de los inscritos en la lista de legibles.

Si previamente a presentar el aludido proyecto de resolución, Talento Humano hubiera conocido la existencia de un mayor número de empleos frente a la menor cantidad de elegibles, y además, el amparo de la mujer, tal vez se había abstenido de presentar el nombre de la aforada y había esperado hasta el último momento cuando ya resultaba forzoso terminar su vinculación al Inpec, porque como se dijo antes, el fuero sindical de por sí, no encadena al servidor aforado en forma indefinible o perenne al cargo.

Estos yerros atribuidos a la Subdirección resultan imputables al Inpec porque la actuación de aquella se realizó en el ejercicio normal del deber funcional íntimamente ligado con el Instituto, y por haber orientado mediante proyecto de acto administrativo la impertinente decisión de terminar la provisionalidad de la aforada, acto administrativo que expidió el Director General ajeno a la existencia de algún error.

Así, al desligar a la mujer del empleo cuando existían otros cargos que se podían proveer sin afectarla, surge de bulto seria violación por parte del Inpec al parágrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, encargado de modificar los artículos 7° y 33 del Decreto 1227 de 2005, donde se advierte lo siguiente:

"Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.

La ocurrencia del ese error al carecer de una causal válida de justificación vulneró el artículo 3º de la resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014, por medio del cual se resolvió terminar el nombramiento provisional de la señora Ligia Amparo León Sánchez.

V. Solución a la irregularidad

5.1. Revocatoria del acto administrativo

El Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro de las reglas generales del Procedimiento Administrativo General, prevé el deber de corregir errores o irregularidades en el desarrollo de la actuación administrativa⁴, o yerros formales⁵, y la revocatoria de los actos administrativos⁶ por estos motivos: (i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley, (ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, (iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

El análisis de cada uno de ese trío de posibilidades, avizora que la figura aplicable en ese asunto sería la revocatoria del artículo 3º de la resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014, por medio del cual se resolvió terminar el nombramiento provisional de la señora Ligia Amparo León Sánchez, como lo permite el numeral 1º del artículo 93 del CPACA, por manifiesta oposición a la ley, que en este caso corresponde al parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1894 de 2012.

La revocatoria de la mencionada resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014 trae consigo el reintegro de la aforada al empleo que desempeñaba junto con el pago del sueldo y demás prestaciones sociales percibidas por ella y durante el tiempo que dejó de percibirlos.

⁴ Artículo 41. CPACA

⁵ Artículo 45. CPACA

⁶ Artículo 93. CPACA

5.2. Conciliación extrajudicial

Ante la no revocatoria del artículo 3° de la Resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014, la despedida puede recurrir a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, figura prevista en el Decreto 1716 de 2009, caso ajeno al listado de los no susceptibles de conciliación⁷, a la que deberá asistir un defensor del Inpec con la respuesta del Comité de Conciliación del Instituto en cuyo análisis sobresaldrán los errores señalados por la Subdirección de Talento Humano y la evidente violación al parágrafo 2° del artículo 10 del decreto 1894 de 2012.

El Comité de Conciliación del Instituto tiene la opción de aceptar o no la conciliación, una vez examine los hechos y errores antedichos.

Si el Comité de conciliación acepta conciliar, el Inpec deberá reintegrar con carácter provisional y al mismo caro a la aforada, y además, pagarle prestaciones sociales y demás, por el tiempo que dejó de laborar por culpa del Instituto, cuando ella podía trabajar y obtener el pago por esos conceptos.

5.3. Acción judicial

De inaceptarse la conciliación extrajudicial, la desvinculada puede acudir a través de la acción judicial ante un juzgado administrativo donde el funcionario judicial examinará los hechos e incorrecciones del Inpec, los cotejará con las pruebas y determinará si existe o no violación al orden de preferencia señalado en el Decreto 1894 de 2012.

VI. Conclusión

1. Por las desviaciones señalados por la Subdirección de Talento Humano, el Director General del Instituto tiene facultad para revocar el artículo 3° de la Resolución No 005033 del 19 de diciembre de 2014, conforme a lo indicado en el numeral 1° del artículo 93 del CPACA, y con motivo de ello sobreviene el reintegro de la despedida, el pago de salario y demás prestaciones.

2. Por la misma situación errada, el Comité de Conciliación tiene la posibilidad de rendir concepto positivo en caso de existir audiencia de conciliación extrajudicial, y un juez puede declarar válida la conciliación, y como consecuencia de ello sobreviene el reintegro de la aforada, el pago de salario y demás prestaciones.

⁷Artículo 1°. Parágrafo 1°. Decreto 1716 de 2009

3. Por semejantes desaciertos, en audiencia de conciliación judicial, o en fallo de primera o segunda instancia, existe un alto grado de probabilidad que el juez condene al Inpec a los pagos antes citados, y ante el detrimento patrimonial será necesario adelantar acciones administrativas contra el causante del daño.

4. El reintegro sobreviene por falta de cuidado al aplicar el orden de protección legal.

Atentamente,


EFRAIN MORENO ALBARAN
Jefe Oficina Asesora Jurídica