COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/033/21

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/033/21
Expediente	D-5778
Fecha	2020-02-03
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Inhibicion De La Corte Constitucional Por Ineptitud Sustantiva De La Demanda
- Derecho Colectivo De Trabajo
- Derecho A La Libertad Sindical
- Fuero Constitucional
- Fuero Sindical De Empleado Publico
- Responsabilidad Disciplinaria

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero. - ESTARSE A LO RESUELTO en las sentencias C-1119 de 2005 y C-1175 de 2005, en lo que respecta al numeral 2° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, y por ende declararlo EXEQUIBLE , frente al cargo de desconocimiento del artículo 39 de la Constitución. Segundo. - Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del numeral 4° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución…

Texto completo

C-033-21 Sen tencia C-033/2 1 SERVIDOR PUBLICO AFORADO- Destitución sin autorización judicial (…) encontró la Corte que la desvinculación del servidor público aforado, sin el levantamiento judicial del fuero sindical, por la destitución disciplinaria, no desconoce el artículo 39 de la Constitución, cuando la sanción disciplinaria es adoptada por (a) un órgano externo a la entidad en la que desempeña sus labores el aforado y que, además, (b) ofrezca, desde el punto de vista orgánico y funcional, suficientes garantías de independencia e imparcialidad, como es el caso de los fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

SERVIDOR PUBLICO AFORADO- Desvinculación por inhabilidad (…) La ratio decidendi de la presente decisión implica que no se requiere el levantamiento del fuero sindical cuando se trate de inhabilidades requisito o consecuencia, al tratarse de constataciones objetivas, es decir, no de decisiones, ni cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una sanción disciplinaria proferida por una entidad pública diferente a aquella en la que labora el servidor público aforado, pero para la cual prestó sus servicios y, en razón de ello, se adoptó un fallo disciplinario al respecto.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA- Incumplimiento de requisitos de especificidad y suficiencia COSA JUZGADA MATERIAL- Configuración DERECHO

COLECTIVO DE TRABAJO- Fundamentos constitucionales DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL- Alcance FUERO SINDICAL- Garantía para la asociación y libertad sindical FUERO SINDICAL- Protección por la Constitución y convenios internacionales FUERO SINDICAL- Finalidad y definición FUERO CONSTITUCIONAL- Mecanismo constitucional en favor de sindicatos FUERO SINDICAL- Protección (…) los elementos esenciales de la garantía foral son:

por una parte, la obligación de la calificación previa de la justa causa para el despido, el traslado o la modificación de las condiciones laborales y, por otra parte, la intervención de un órgano suficientemente independiente e imparcial, encargado de autorizar o denegar tales determinaciones del empleador respecto del trabajador protegido o aforado.

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL- Garantías constitucionales Aunque en vigencia de la Constitución de 1991 el levantamiento del fuero sindical ha sido constantemente confiado por el Legislador a la justicia ordinaria, en lo laboral, la Constitución Política no prevé expresamente que dicha función deba ser necesariamente jurisdiccional y, en concreto, que tal competencia deba corresponder al juez laboral. No obstante, del artículo 39 de la Constitución Política se deriva un mandato que consiste en adoptar garantías suficientes para el desarrollo de la actividad de los sindicatos, razón por la cual, aunque no existe prohibición constitucional para que, dentro del margen de configuración normativa del Legislador, el levantamiento del fuero sindical pueda ser ordenado por un órgano administrativo o por uno paritario, conformado por representantes de los empleadores y de los trabajadores o, incluso tripartito, con representantes del gobierno, la garantía constitucional del fuero sindical exige que dicho ente ofrezca reales y suficientes garantías orgánicas, estatutarias y funcionales de independencia, que lo protejan de todo tipo de presiones indebidas, así como garantías de imparcialidad no únicamente de quienes lo integran, individualmente considerados, por el desinterés subjetivo frente a cada caso concreto – imparcialidad de los miembros del órgano-, sino del ente mismo, de tal manera que, en razón de su origen, conformación y el procedimiento que desarrolle, genere o inspire la confianza para las partes interesadas en el asunto de que el levantamiento del fuero sindical responde a una justa causa y no a un acto de persecución sindical -imparcialidad institucional y del proceso o procedimiento-.

FUERO SINDICAL DE EMPLEADO PUBLICO- Regulación constitucional y legal FUERO SINDICAL- No siempre se requiere autorización judicial para terminar contrato laboral RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA- Fundamento normativo constitucional INHABILIDADES- Definición INHABILIDADES- Tipos SERVIDOR PUBLICO AFORADO- Retiro del servicio Expediente: D-13667 Demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 7 (parcial), 9, 22 (parcial), 27 (parcial), 29, 43, 140 (parcial) y 144 (parcial) del Decreto Ley 071 de 2020 “ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN ”.

Accionante: Nelly Montoya Castillo. Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero dos mil veintiuno (2021) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I.

ANTECEDENTES 1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.5, 241 y 242 de la Constitución Política, la ciudadana Nelly Montoya Castillo presentó el 03 de febrero de 2020 demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7 (parcial), 9, 22 (parcial), 27 (parcial), 29, 43, 140 (parcial) y 144 (parcial) del Decreto 071 de 2020 “ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN ”.

2. Mediante auto del 20 de febrero de 2020, el Magistrado sustanciador resolvió inadmitir la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 7 (parcial), 9, 22 (parcial), 27 (parcial), 29, 43, 140 (parcial) y 144 (parcial) del Decreto 071 de 2020 " Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN ", presentada por la ciudadana Nelly Montoya Castillo, por no cumplir con los requisitos formales de admisión, de acuerdo con la explicación dada en dicho auto.

3. Dentro del término previsto [1] , se presentó escrito de corrección de la demanda. En dicho documento, la accionante mantiene la estructura de la demanda inicial, organizada a partir de ocho razones o cargos de inconstitucionalidad, contra distintos contenidos del decreto ley cuestionado.

4. Mediante auto del 13 de marzo de 2020, el Magistrado sustanciador identificó que uno de los cargos presentados, luego de la corrección de la demanda, era parcialmente apto y, por lo tanto, decidió ADMITIR la demanda de la referencia en contra de los numerales 2, 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, " Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN ", por la posible vulneración de los artículos 39 y 93 de la Constitución Política y de los artículos 1º de los convenios 087 y 098 de la OIT.

A. NORMA DEMANDADA 5. El siguiente es el texto de la norma demandada . S e resaltan los apartes cuestionados: Decreto 071 de 2020 (Enero 24) " Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN " .

" Artículo 144 . Retiro de servidores amparados con fuero sindical. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fuero sindical en los siguientes casos:

144.1 Cuando no supere el periodo de prueba. 144.2 Cuando los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar en la lista que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito.

144.3 Cuando no supere el proceso de evaluación, en los términos establecidos en el presente Decreto-ley. 144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada.

144.5 Por inhabilidad sobreviniente. 144.6 Por edad de retiro forzoso. 144.7 Por haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez " (Subrayado fuera de texto).

B. LA DEMANDA 6. En el escrito de corrección de la demanda, considera la accionante que los numerales 2, 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 vulneran los artículos 39 y 93 de la Constitución. Explica que en el artículo 39 de la Constitución y en los artículos 1 de los convenios 087 y 098 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad , se dispone que el Estado deberá brindar protección especial a los representantes sindicales, mediante el fuero, lo que se estaría desconociendo por las excepciones controvertidas, frente al deber de levantar el fuero sindical para poder desvincular a los trabajadores protegidos con tal garantía.

7. Sostiene la accionante que, en tratándose de tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Colombia, las normas jurídicas de rango inferior, como el presente decreto ley, deben respetar lo allí previsto y, por lo tanto, resulta inconstitucional la privación de la protección especial para los trabajadores aforados que consiste en la obligación de realizar previamente el proceso judicial de levantamiento del fuero sindical, para poder romper la relación laboral.

C. INTERVENCIONES 8. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente cuatro escritos de intervención [2] , por medio de los cuales se solicitó a la Corte que se adopte una de las siguientes decisiones, a saber: (i) se constate la existencia de cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, se esté a lo allí resuelto; (ii) se declare la exequibilidad de las normas acusadas; y (iii) se declare la inexequibilidad de todos o de algunos de dichos numerales.

Igualmente se allegaron dos escritos extemporáneos [3] . A continuación, se exponen los argumentos que fundamentan cada una de dichas solicitudes:

9. Solicitud de estarse a lo resuelto: La norma cuestionada que permite la desvinculación del empleado que participe en el concurso y no ocupe un lugar en la lista de elegibles, que permita su nombramiento en estricto orden de mérito, ya se encontraba en el artículo 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005, declarado exequible mediante la sentencia C-1119 de 2005, donde se examinó si dicha excepción a la carga de desaforar desconocía el artículo 39 de la Constitución.

10. Solicitud de exequibilidad. Las causales de desvinculación del servicio que se encuentran cuestionadas son objetivas y no implican una decisión del empleador que requiera ser examinada como justa causa de despido por parte del juez laboral. El fuero no puede utilizarse para desconocer el principio del mérito, impedir el ejercicio del poder disciplinario, ni para mantener a empleados que se encuentran en una situación de inhabilidad, al tratarse de una causa objetiva de terminación de la relación laboral.

11. Solicitud de inexequibilidad. Los Convenios de la OIT sobre libertad sindical hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que prevalecen sobre la sentencia que declaró exequible el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005. Al existir contradicción respecto de los precedentes jurisprudenciales de la Corte, deberá acudirse al principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, según lo dispone el artículo 53 de la Constitución. Igualmente, no es posible interpretar los convenios en el sentido que permita desvincular al aforado, sin un proceso judicial en donde ello se autorice.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN 12. Considera el Procurador que, respecto del numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 existe cosa juzgada constitucional, que se predica de la sentencia C-1119 de 2005, en donde se declaró exequible el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 que establecía, entre otras cosas, que no era necesaria la autorización judicial “(…) 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 ”.

Explica el Procurador que, en aquella ocasión, los accionantes sostenían que la norma que contenía el segmento acusado desbordaba las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, pues la regulación de una garantía como el fuero sindical no tenía relación con la fijación del procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

13. Advierte el Procurador que existe coincidencia normativa, a pesar de encontrarse en disposiciones distintas. En cuanto al cargo examinado, precisa que aunque la acusación que provocó la sentencia C-1119 de 2005 no se refería al desconocimiento del artículo 39 de la Constitución, como ocurre en el presente caso, la Corte sí recurrió a dicha norma constitucional, como parámetro para declarar la exequibilidad del numeral en cuestión, “ porque el empleo que desempeñaba el aforado de manera transitoria, mientras se surtía el correspondiente concurso, no tiene relación con la existencia de justas causas para apartarlo del servicio, sino que tiene relación con el cumplimiento de principios constitucionales como el mérito y la igualdad ”. Por consiguiente, solicita que la Corte se esté a lo resuelto en la sentencia de 2005.

14. En lo que concierne a los numerales 4 y 5 del mismo artículo, considera que, por los cargos analizados, dichas normas deberían ser declaradas exequibles. Así, en cuanto a la facultad de desvinculación relativa a la sanción

disciplinaria, expone el Procurador que, en la materia, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa, que surge del artículo 125 de la Constitución, al disponer que una de las causales de retiro del servicio es el desconocimiento del régimen disciplinario, lo que se predica tanto de los empleados de carrera, como de los aforados. Sostiene que el Legislador no sobrepasó su margen de configuración normativa, considerando que la ausencia de obligación de realizar el levantamiento del fuero sindical, cuando se trate de ejecutar una sanción disciplinaria, se funda en los principios de la función administrativa, particularmente, el de moralidad administrativa, considerando que la destitución sólo procede por faltas gravísimas, las que, en esencia, afectan intensamente la función administrativa, el patrimonio del Estado y los derechos humanos. Además, la sanción disciplinaria es el resultado de un debido proceso en el que el servidor público tuvo plenas garantías e, incluso, podrá controvertir el fallo disciplinario ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, en su concepto, la falta de autorización judicial está justificada, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas para el retiro del servicio de servidores con fuero como una medida de defensa del derecho de asociación sindical, sino de una causal de retiro que resulta de la violación grave de un deber funcional.

15. Asegura que, de realizarse el control del juez laboral, su función se limitaría a verificar que se trata de un servidor aforado y que el fallo se encuentra ejecutoriado, ya que, en su concepto, la verificación de la validez del acto administrativo de destitución, que goza de presunción de legalidad, es de la competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

16. En cuanto a la causal relativa a la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente, opina el Procurador que su o currencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando. Así, en este caso la intervención del juez laboral para efectos de levantar el fuero no es necesaria, pues no se discute si hubo o no una causal de retiro justificada, sino que ello opera, con el fin de preservar los principios de la función pública, y en particular el principio de la moralidad administrativa.

17. En suma, los escritos de intervención, la vista fiscal y las solicitudes presentadas a la Corte en relación con la presente demanda, se resumen en el siguiente cuadro, organizado según su fecha de presentación ante la Secretaría General de la Corte Constitucional:

Interviniente Argumentos Solicitud DIAN [4] El decreto estableció las causales objetivas de retiro del servicio frente a las cuales no se necesita solicitar autorización judicial, lo cual no constituye regulación ni flexibilización del fuero sindical ni modificación de las normas contenidas en el código Sustantivo del Trabajo, por lo que la norma acusada no extralimitó las facultades extraordinarias atribuidas al Presidente.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del numeral 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005, cuyo contenido es idéntico al demandado y frente al cargo relativo al exceso en las facultades legislativas extraordinarias, al considerar que se trata de causales objetivas que no conducen a verificar una justa causa de despido, sino a dar cumplimiento a un proceso de selección guiado por el mérito en el que quienes se encuentran en provisionalidad no pueden pretender estabilidad. Sin embargo, tal circunstancia debe estar prevista en un acto administrativo motivado que permita su controversia.

La garantía foral no puede utilizarse para impedir que la entidad cumpla sus misiones o que desarrolle sus poderes disciplinarios a través de decisiones que podrán controvertirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Igualmente, el mismo artículo 125 de la Constitución, prevé la posibilidad de retirar del servicio a servidores públicos, por la comisión de faltas disciplinarias. En desarrollo de ello, el artículo 129 del Decreto Ley 071 de 2020, por medio de la cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la DIAN, prevé la destitución

fruto del proceso disciplinario, como causal de retiro del servicio. Se trata de un hecho objetivo, como lo es el cumplimiento de una sanción disciplinaria.

En lo que respecta a la desvinculación sin levantamiento del fuero, por inhabilidad sobreviniente, ésta también es una causal objetiva que consiste en una situación prevista en la ley. En este caso, el debido proceso se encuentra previsto en el artículo 133 de la Ley 71 de 2020.

Exequibilidad Nixon Torres Cárcamo [5] El Presidente desbordó las facultades legislativas, porque la norma habilitante no confirió competencia para regular el derecho de asociación y su protección constitucional. Tampoco se otorgaron facultades para reformar el artículo 413 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que es posible imponer sanciones disciplinarias al aforado, salvo la destitución.

Los Convenios 087 y 098 sobre libertad sindical hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que prevalecen sobre la ratio decidendi de la sentencia que declaró exequible el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005. Las sentencias C-401 y 1119 de 2005 no hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional, porque no examinaron los convenios 087 y 098 OIT.

Al existir contradicción respecto de los precedentes jurisprudenciales de la Corte, deberá acudirse al principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, según lo dispone el artículo 53 de la Constitución. Igualmente, no es posible interpretar los convenios en el sentido que permita desvincular al aforado, sin un proceso judicial que lo permita.

Inexequibilidad DAFP [6] Existe cosa juzgada que se deriva de la sentencia C-1119 de 2005. La argumentación de la demanda parte de interpretaciones subjetivas de las normas cuestionadas y no se explican las razones por las que habría contradicción concreta con la Constitución, considerando que se trata de normas encaminadas a hacer efectivos los principios que orientan la función administrativa, a través del adecuado funcionamiento de la carrera administrativa, por lo que la Corte debe declarar su exequibilidad.

Exequibilidad CTC [7] Las normas demandadas desconocen el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 29, 93 y 94 de la Constitución, así como los Convenios de la OIT, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Inexequibilidad Procurador General de la Nación En lo que respecta la causal relativa a la provisión del empleo por la lista de elegibles existe cosa juzgada material, considerando que la sentencia C-1119 de 2005 recurrió al artículo 39 de la Constitución como parámetro para juzgar la constitucionalidad de dicha norma que se encuentra, ahora, en una disposición diferente.

En las causales relativas a la destitución disciplinaria y al advenimiento de una inhabilidad en el ejercicio del cargo, la intervención del juez laboral no se justifica, ya que no tendría por objeto el de verificar la ocurrencia de una justa causa para el despido.

La destitución disciplinaria se impone por faltas gravísimas, con la garantía del debido proceso y el acto administrativo mediante el cual se impone tal sanción, es controlable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La ocurrencia de una inhabilidad priva al servidor público de la capacidad para ejercer el cargo, razón por la cual no se requeriría el control del juez laboral para autorizar el retiro del servicio del aforado.

Estarse a lo resuelto en la sentencia C-1119 de 2005 Exequibilidad 18. De manera extemporánea se recibieron las siguientes intervenciones: Universidad Externado de Colombia [8] ; y de la CNSC [9] .

II. CONSIDERACIONES A. COMPETENCIA 19. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución, esta Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

B. CUESTIONES PREVIAS 20. De manera previa a la identificación del problema jurídico y de su resolución, se examinará la aptitud de la demanda, así como la posible existencia de cosa juzgada al respecto.

La aptitud de la demanda 21. A pesar de que ninguno de los escritos recibidos de manera oportuna, ni el concepto del Procurador General de la Nación solicitan la inhibición de la Corte Constitucional y, de manera expresa, la DIAN solicita que este tribunal declare la exequibilidad de las normas demandadas, en su argumentación considera que la demanda se construye a partir de una interpretación subjetiva de las normas cuestionadas y que no especifica adecuadamente una eventual vulneración constitucional. Debido a ello, de manera preliminar se examinará la aptitud sustantiva de la demanda.

22. Tanto el escrito inicial, como el destinado a la corrección de la demanda responden a la carga argumentativa de claridad, ya que se construyen a partir de un razonamiento coherente e inteligible. En lo que respecta al artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, la demanda inicial argumentaba que el Presidente de la República había excedido la competencia atribuida en la ley de facultades extraordinarias, porque allí no se le había autorizado para modificar el régimen jurídico del fuero sindical, ni para violar la Constitución y el bloque de constitucionalidad, en lo relativo a dicha garantía. Por su parte, en el escrito de corrección de la demanda, aunque insiste en el desborde de las facultades extraordinarias, la accionante redirigió igualmente su acusación de inconstitucionalidad hacia la violación del artículo 39 de la Constitución, así como del artículo 93 superior, por el desconocimiento de la obligación de acudir al levantamiento del fuero sindical para poder retirar del servicio al empleado público aforado. Explicó que el fuero sindical es una garantía de rango superior, que implica que, para poder desvincular al sujeto amparado, debe obtenerse la autorización del juez laboral y dicha carga no admite excepciones como las previstas en los numerales de rango legal cuestionados, que autorizan, indebidamente, al retiro del aforado, sin necesidad de acudir a dicho proceso judicial. Así, indicó la accionante que “ la protección especial del fuero sindical, de la que gozan los representantes de los trabajadores, no puede ser modificada por una norma inferior a la Constitución Política de Colombia, en este caso, por una norma con fuerza de ley”.

Agrega que “a los servidores públicos al interior de la DIAN, que ostentan las condiciones de trabajadores aforados sindicalmente, no se les puede someter a actos que signifiquen su pérdida del empleo, sin que previamente se solicite la autorización judicial del despido, con fundamento normativo constitucional”.

Es este segundo razonamiento el que, durante la etapa de admisión de la demanda, fue considerado apto por parte del Magistrado Ponente y, por ello, consideró que los cargos frente al artículo 174 del decreto ley en cuestión eran “ parcialmente aptos ”, teniendo en cuenta que lo relativo a la extralimitación de las facultades extraordinarias no respondían a los requisitos argumentativos para construir un cargo de inconstitucionalidad.

23. Contrario a lo sostenido, más no explicado en el escrito de la DIAN, no se advierte que la controversia planteada por la accionante se construya a partir de una interpretación subjetiva de las normas cuestionadas, que, por lo tanto, carezca de certeza. Contrario a ello, es cierto que los numerales cuestionados excepcionan la carga de acudir al juez laboral para solicitar la autorización del retiro, a través del levantamiento del fuero sindical.

24. En lo que respecta a la explicación de la manera como las normas cuestionadas estarían desconociendo el artículo 39 de la Constitución, el escrito especifica suficientemente el concepto de la violación, al asumir que la garantía del fuero sindical, de rango constitucional, no admite ser excepcionada por normas de rango legal, como las cuestionadas. El razonamiento de la accionante es suficiente para desatar un control de constitucionalidad al respecto.

25. No ocurre lo mismo en lo que respecta al presunto desconocimiento del artículo 93 de la Constitución, por contrariar los convenios 087 y 098 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante). Al respecto, el escrito ciudadano se limita a transcribir algunos artículos de dichos instrumentos, así como extractos de jurisprudencia constitucional que explican las razones por las que los mismos integran el bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, sin desarrollar una explicación concreta destinada a especificar por qué las excepciones legales a la carga de solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, implicaría el desconocimiento de dichos compromisos internacionales.

26. Es de advertir que los convenios en mención no prevén expresamente el fuero sindical, como una garantía de obligatorio respeto por parte de los estados miembros. En efecto, el Convenio 087 dispone en su artículo 11:

“ Parte II. Protección del Derecho de Sindicación. Artículo 11. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación ”.

Por su parte, el artículo 1 del Convenio 098 dispone que: “ 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo ”.

27. Ello implica que esos instrumentos internacionales prevén obligaciones de amparo estatal a la libertad sindical, sin predisponer el mecanismo mediante el cual dichas obligaciones pueden ser cumplidas, por lo que reconocen a los estados miembros, un importante margen de acción. Dicha amplitud de configuración nacional fue reconocida en la 56ª reunión de la OIT, en la que, el 23 de junio de 1971, se adoptó la Recomendación 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores [10] .

En dicha recomendación se previó lo siguiente: “5. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

6. (1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores.

(2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes : (a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores;

(b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo ;

(c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto” (negrillas no originales) .

28. Es decir que, al no preverse expresamente en dichos instrumentos internacionales el fuero sindical, tal como se encuentra configurado en el derecho colombiano a partir del artículo 39 de la Constitución Política, y ser una de las maneras en las que es posible cumplir los compromisos internacionales en la materia, la formulación de un cargo de constitucionalidad por el desconocimiento de dichos convenios exigía una argumentación destinada a evidenciar cómo, a pesar de que el fuero sindical no es la única manera como, a la luz de los convenios de la OIT, se puede amparar la libertad sindical y, particularmente, proteger a los dirigentes del sindicato, su desvinculación sin que sea necesario desaforar, constituye un incumplimiento de los compromisos internacionales, al dejarlos desprotegidos " contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo ", en los términos del Convenio 098. Al respecto, no existe mayor explicación o argumentación en la demanda acerca de cómo las normas demandadas constituyen violaciones del bloque de constitucionalidad y, en tal sentido, frente a este cargo la demanda no es específica, ni suficiente para permitir el control de constitucionalidad.

29. Así, la presente sentencia se pronunciará únicamente en cuanto a la compatibilidad de las normas demandadas, respecto del artículo 39 de la Constitución Política, ya que, en lo que concierne al presunto desconocimiento del bloque de constitucionalidad, la demanda adolece de ineptitud sustantiva.

La cosa juzgada 30. La sentencia C-1119 de 2005 declaró exequible, " por los cargos analizados en esta sentencia ", el artículo 24 del Decreto-ley 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" . Considera el Procurador que de dicha decisión se predica una cosa juzgada constitucional material respecto de uno de los numerales cuestionados del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 que, en el presente caso, impediría un nuevo pronunciamiento de la Corte Constitucional.

31. Para resolver este asunto, la Corte Constitucional deberá (a) comparar las normas presentes en el Decreto Ley 760 de 2005 y en el Decreto Ley 071 de 2020; (b) cotejar los problemas jurídicos planteados en la decisión de 2005 y los cargos formulados en el caso bajo examen; (c) identificar la ratio decidendi de la sentencia de 2005, esto con el fin de determinar (d) la existencia de cosa juzgada y la decisión que debe adoptarse en el presente caso.

a) El cotejo normativo (se resaltan las normas demandadas) Artículo 24 del Decreto Ley 760/05 Artículo 174 del Decreto Ley 071/20 "A rtículo 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.

" Artículo 144 . Retiro de servidores amparados con fuero sindical. No se será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fuero sindical en los siguientes casos:

144.1 Cuando no supere el periodo de prueba. 144.2 Cuando los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar en la lista que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito.

144.3 Cuando no supere el proceso de evaluación, en los términos establecidos en el presente Decreto-ley. 144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada.

144.5 Por inhabilidad sobreviniente. 144.6 Por edad de retiro forzoso. 144.7 Por haber obtenido la pensión de jubilación, vejez o invalidez " 32.

Constata la Corte Constitucional que no existe una coincidencia textual entre los numerales del artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 y alguno de los numerales demandados del Decreto Ley 071 de 2020. Pese a lo anterior, el contenido normativo del numeral 3 del artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 es materialmente coincidente con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020. En efecto, ambas normas disponen (i) el retiro del servicio del empleado aforado, sin necesidad de acudir al proceso de levantamiento del fuero sindical, (ii) cuando el empleo que ocupa deba ser provisto mediante la lista de elegibles que resulten del concurso, en estricto orden de mérito y (iii) el aforado no ocupe un lugar en la misma que le permita ser nombrado de manera definitiva en dicho empleo.

33. Esta hipótesis se predica únicamente de los empleos de carrera que se encuentren provistos en provisionalidad [11] , frente a vacantes definitivas, y los empleados provisionales que los ocupan ostentan la calidad de aforados sindicales. Debido a ello, no es una diferencia relevante el hecho de que la norma del Decreto Ley 071 de 2020, a diferencia de lo previsto en la norma del Decreto Ley 760 de 2005, no disponga expresamente que se trata de empleados en provisionalidad, ya que esta es la única interpretación posible de dicha facultad. En efecto, si el aforado se encuentra ocupando el empleo vacante y sometido a concurso, mediante un encargo y no participa en el concurso de méritos desarrollado para proveer el empleo o no ocupa un lugar en la lista de elegibles que permita su nombramiento, ello no dará lugar a su desvinculación, sino a la terminación de la situación administrativa y el regreso al empleo del que es titular en su calidad de empleado público de carrera.

34. Así las cosas, la Corte Constitucional concuerda con el Procurador General en el sentido de que el numeral 3 del artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 y el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 constituyen contenidos normativos coincidentes, aunque previstos en disposiciones distintas.

b) Los problemas jurídicos 35. En la demanda que dio lugar a la sentencia C-1119 de 2005 sostenían los demandantes que el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005 desconocía los artículos 1, 2, 25, 39, 150-10 y 152 de la Constitución Política, al haber presuntamente desbordado la ley de facultades extraordinarias para la regulación de los procedimientos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 53 de la Ley 909 de 2004) ya que, allí no se había otorgado competencia para regular lo relativo al fuero sindical y a la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Igualmente, sostenía la demanda que el fuero sindical es un asunto regulado en el Código Sustantivo del Trabajo (CST, en adelante) y, por lo tanto, al regular dicho asunto mediante un decreto ley, se habría desconocido la prohibición de conferir facultades extraordinarias para expedir códigos. Finalmente, sostenía que al ser el fuero sindical un derecho fundamental, su regulación se encuentra reservada a una ley estatutaria.

36. Frente a tales cuestionamientos, la Corte identificó como problemas jurídicos, el determinar si la norma demandada “ viola las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, por extralimitación en su ejercicio, por haber regulado lo relacionado con el fuero sindical de los servidores públicos; y, (…) Si (…) desconoce la prohibición contenida en el artículo 150-10 de la Constitución Política, de conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir códigos ni leyes estatutarias ”.

37. Por el contrario, la demanda que ocupa en esta ocasión a la Corte Constitucional plantea un cuestionamiento relativo al presunto desconocimiento de la garantía del fuero sindical, que se deriva del artículo 39 de la Constitución Política.

c) La ratio decidendi de la sentencia C-1119 de 2005 38. La decisión de exequibilidad adoptada en la sentencia C-1119 de 2005 se funda en los siguientes considerandos:

“ 5.1. Aparentemente de los cargos planteados en la demanda se podría deducir la presencia de un conflicto entre dos normas de rango constitucional: por un lado, el reconocimiento constitucional de la garantía foral a los representantes sindicales; y, por el otro, el cumplimiento del mandato constitucional de que todos los empleos en los órganos y

entidades del Estado son de carrera, como regla general. No obstante, no existe tal conflicto, pues se trata de derechos constitucionales plenamente diferenciados y diferenciables.

Como se ha señalado en esta sentencia, la garantía del fuero sindical elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución . Se trata entonces, como bien lo afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador. De ahí, que la ley exija para el retiro del servicio de los trabajadores amparados con el fuero sindical, la calificación judicial previa por la existencia de una justa causa. Con todo, por ministerio de la ley (C.P.L. art. 411), existen circunstancias en las cuales no se requiere autorización judicial previa para dar por terminado el contrato de trabajo de trabajadores aforados. Ello se presenta cuando se trata de contratos de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente. Tratándose de la accidentalidad, ocasionalidad (sic) o transitoriedad de un trabajo, no se contraviene la finalidad misma del fuero sindical, por cuanto las modalidades mismas de ese trabajo no constituyen de por sí garantía de permanencia para quien en ese momento es sujeto activo del mismo. Siendo ello así, mal se puede predicar estabilidad cuando la misma ley la ignora en esas circunstancias específicas.

(…) El nombramiento de cargos en provisionalidad 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 período de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

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 . (…) 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 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 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 selección. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado 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 surtirse 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 inexequibilidad de la norma acusada, por cuanto existe una clara correspondencia entre las facultades concedidas por la instancia legislativa y las ejercidas por el ejecutivo” (negrillas no originales) .

39. Las reglas establecidas en la sentencia C-1119 de 2005 pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) El fuero sindical, previsto en el artículo 39 de la Constitución Política, ampara principalmente al sindicato y, de manera

secundaria, al sujeto aforado, en su relación laboral individual, al tratarse de una garantía de que el despido del empleado no será ejercido como un mecanismo en contra del derecho de asociación sindical.

(ii) Existen circunstancias legales en las que no se requiere la autorización judicial para el retiro del trabajador aforado. (iii) Las hipótesis previstas en el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, que permiten el retiro del servidor público aforado sin autorización judicial, no comportan una tensión entre la garantía del fuero sindical y el principio del mérito, que inspira el sistema de la carrera, considerando que la provisionalidad no tiene vocación de permanencia, ya que tiende a desaparecer debido a la materialización de los fines de la carrera (el mérito y la igualdad en el acceso a los empleos públicos).

(iv) Las hipótesis previstas como causales de retiro del empleado aforado, sin necesidad de autorización judicial, son situaciones objetivas, establecidas previamente por el Legislador como causales de retiro del servicio, razón por la cual no se requiere, en dichos casos, el levantamiento judicial del fuero sindical, pero sí se exige la adopción de un acto administrativo motivado, susceptible de control judicial posterior.

d) Existe cosa juzgada material respecto de la norma contenida en el numeral 2 40. Constata la Sala Plena de la Corte Constitucional que el cargo formulado contra el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, que consiste en el presunto desconocimiento del artículo 39 de la Constitución, a pesar de no haber sido identificado como uno de los problemas jurídicos para resolver, sí fue juzgado por este tribunal en la sentencia C-1119 de 2005. En efecto, luego de analizar el alcance del fuero sindical previsto en el artículo 39 superior, se declaró la constitucionalidad del retiro del servidor público aforado, sin necesidad de acudir al proceso de levantamiento del fuero sindical, cuando la desvinculación sea la consecuencia de la provisión definitiva de dicho empleo, luego de un concurso, en el que el beneficiario del fuero sindical no obtenga un lugar en la lista de elegibles que le permita ser nombrado en aplicación del principio del mérito. La sentencia C-1119 de 2005 concluyó que dicha hipótesis de retiro del empleado aforado, sin levantamiento previo del fuero sindical, no vulnera el artículo 39 de la Constitución. En consecuencia, respecto de dicho cargo ya existe un pronunciamiento de esta Corte y de dicha decisión surge una cosa juzgada material y relativa, que se predica de la norma contenida en el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en lo que respecta al cargo relativo al desconocimiento del artículo 39 de la Constitución.

41. A la misma conclusión arribó esta corporación en la sentencia C-1175 de 2005, en la que, entre otros cargos, igualmente se acusaba esta norma por el desconocimiento del artículo 39 de la Constitución y ello se identificó como uno de los problemas jurídicos que debían ser resueltos. En dicha ocasión, este tribunal concluyó: “ Sobre la acusación contra el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, se estará a lo resuelto por la Corte en la sentencia C-1119 de 2005, correspondiente al expediente D-5778, que declaró exequible tal disposición, pues los cargos ahora expuestos coinciden con los resueltos en tal sentencia ” (negrillas no originales).

42. Ahora bien, debe advertirse que la accionante no puso de presente la existencia de modificaciones en el parámetro de control, o en el objeto normativo controlado, que permitan concluir que no existe cosa juzgada respecto de la decisión de 2005 [12] , lo que implicaría que se trata de un asunto diferente, debido a los cambios en los extremos que configuran el efecto de cosa juzgada constitucional. Así, se reitera que el carácter rogado del control de constitucionalidad implica que es a los accionantes a quienes les corresponde la carga de desvirtuar la existencia de la cosa juzgada constitucional y, por lo tanto, no le compete a este tribunal emprender un examen oficioso de los eventuales cambios en los extremos de la cosa juzgada, para reabrir el estudio de un asunto previamente examinado por la corporación.

43. Así las cosas, en lo que respecta al numeral 2º del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, la presente sentencia se estará a lo resuelto en las sentencias C-1119 de 2005 y C-1175 de 2005 y, por consiguiente, se declarará su exequibilidad frente al cargo de desconocimiento del artículo 39 de la Constitución.

C. PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN 44. El artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, “ Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN ” prevé los eventos en los cuales el retiro de servidores amparados con fuero sindical no requiere autorización judicial. El numeral 4 se refiere a la existencia de una destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada y el numeral 5 se refiere a la configuración de una inhabilidad sobreviniente.

45. Considera la accionante que tales excepciones a la carga de acudir al levantamiento judicial del fuero sindical, para permitir la desvinculación del empleado público aforado, constituyen una vulneración del artículo 39 de la Constitución, en donde se prevé que “ Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión” (inciso 4º).

46. En consideración de lo anterior, le corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: ¿Desconoce el legislador extraordinario el fuero sindical (art. 39 de la Constitución), al establecer que se puede retirar a un servidor público aforado, del sistema específico de carrera de la DIAN, sin autorización judicial, cuando éste haya sido destituido por decisión disciplinaria ejecutoriada o cuando se haya configurado una inhabilidad sobreviniente, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020? 47.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte Constitucional precisará, en primer lugar, el alcance del fuero sindical, como garantía constitucional primordialmente institucional. A continuación, para determinar la constitucionalidad de las normas cuestionadas, establecerá la compatibilidad y articulación del fuero sindical frente a la destitución disciplinaria y, finalmente, respecto al régimen de inhabilidades.

D. EL FUERO SINDICAL, COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL, PRIMORDIALMENTE INSTITUCIONAL 48. El origen del fuero sindical se remonta al Decreto Legislativo 2350 de 1944, expedido al amparo de una declaratoria de guerra exterior. Dicho decreto expuso, dentro de sus considerandos, “ Que los compromisos internacionales adquiridos por la República la obligan a no aplazar por más tiempo la modernización de sus estatutos de trabajo ”. Para ello, se incluyeron normas relativas al contrato de trabajo, las asociaciones profesionales, los contratos sindicales, las convenciones colectivas de trabajo, los conflictos colectivos y se dispuso la creación de la Jurisdicción Especial del Trabajo. Allí se consagró el derecho de asociación sindical y se dispusieron garantías especiales para la organización. En particular, el artículo 18 dispuso que con la notificación formal del propósito de organizar un sindicato al inspector o tribunal de trabajo, se “ coloca a dichos trabajadores bajo la protección especial del Estado ” que implica que, “ desde la referida notificación, hasta que al respectivo sindicato se le otorgue personería jurídica, sin pasar en ningún caso de tres meses, ninguno de aquellos trabajadores podrá ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, sin justa causa, calificada por el correspondiente Tribunal de Trabajo ”. Tal protección también se previó para los miembros de la junta directiva del sindicato, en un número máximo de diez principales o suplentes “ por el tiempo que dure su mandato, y tres meses más ” [13] . Sin embargo, tal derecho y su correspondiente garantía de fuero fueron expresamente negados a los empleados públicos [14] .

49. La figura del fuero sindical fue objeto de reformas en el artículo 40 de la Ley 6 de 1945 [15] . Las justas causas debido a las cuales el juez puede autorizar el despido fueron previstas en el Decreto Reglamentario 2313 de 1946. Posteriormente, en virtud de una declaratoria de estado de sitio, se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, Decreto Legislativo 2663 de 1950, que acogió la figura y la desarrolló de manera integral; regulación que fue objeto de modificaciones en el Decreto Legislativo 616 de 1954, el Decreto Legislativo 204 de 1957, la Ley 141 de 1961, el Decreto 2351 de 1965 y la Ley 50 de 1990.

50. La Constitución de 1991 elevó al rango constitucional un importante conjunto de normas relativas a las relaciones laborales individuales y colectivas. Fundada en el valor del trabajo (artículo 1 de la Constitución), la norma superior no sólo dispuso el derecho fundamental al trabajo, que goza “ de la especial protección del Estado” (artículo 25) y previó las garantías mínimas que debe contener el estatuto del trabajo, por ejemplo, el derecho a la estabilidad laboral, así como el carácter irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53), sino dispuso, además, el trípode constitucional sobre el que se construye el derecho laboral colectivo [16] :

(i) la libertad sindical y el derecho de asociación sindical, (ii) el derecho a la huelga (artículo 56) y (iii) el derecho a la negociación colectiva “ para regular las relaciones laborales ” (artículo 55), en aras de mejorar las condiciones de trabajo, ya que, los acuerdos colectivos “ no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores ” (inciso final del artículo 53).

51. La libertad sindical que se reconoció en el artículo 39 de la Constitución, es un derecho complejo, de varias manifestaciones o dimensiones [17] , ya que ampara (i) la facultad de crear las organizaciones sindicales para la defensa de sus derechos [18] y para el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo de los asociados [19] , (ii) el derecho a asociarse libremente y, por lo tanto, la facultad de adherir a dichas organizaciones, salvo en lo que respecta a los miembros de la fuerza pública, (iii) el reconocimiento jurídico y el gobierno autónomo de los sindicatos, sin intervención del Estado y con la garantía de que su personería jurídica únicamente será susceptible de ser cancelada por orden judicial, y (iv) la potestad de negociación colectiva en aras de la mejora de las condiciones de los miembros del sindicato [20] .

52. Ahora bien, para amparar la eficacia de la libertad sindical [21] , la Constitución dispuso, en el mismo artículo 39 que “ Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión ”. Durante las discusiones constituyentes se reiteró la importancia de tal garantía para el adecuado ejercicio de la libertad sindical y, aunque la Asamblea Nacional Constituyente se inspiró de la regulación legal del fuero sindical, su intención no fue la de regular directamente todos los aspectos de dicha figura, sino confiar al legislador su desarrollo [22] .

53. El fuero sindical previsto en el artículo 39 de la Constitución es, igualmente, una manifestación específica de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 13 de la Constitución, desarrolla la importancia que reviste la actividad sindical para la vigencia efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución); propende por la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas (artículos 25 y 33 de la Constitución), desarrolla la función social de la empresa (artículo 333 de la Constitución), así como el deber de solidaridad (artículo 95 de la Constitución).

54. El régimen constitucional del fuero sindical desarrolló los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de la libertad y del derecho de asociación sindicales, que, como se aclaró previamente en esta sentencia, no limitan la protección estatal que se impone, al otorgamiento del fuero, aunque, ciertamente, la opción acogida por la Constitución colombiana, consistente en el fuero sindical es una de las más garantistas. A más de que el artículo 53 de la Constitución dispusiera, en general, que dichos convenios debidamente ratificados “ hacen parte de la legislación interna ”, en lo que respecta a los convenios 087 y 109 OIT, se trata de normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto [23] , a la luz del artículo 93 de la Constitución, al prever normas en materia de derechos humanos no susceptibles de suspensión durante los estados de excepción [24] y que, por lo tanto, prevalecen en el orden interno y guían la interpretación constitucional [25] .

55. El fuero sindical es una garantía constitucional que, aunque ampara los derechos laborales del trabajador aforado, su objeto primario es proteger la libertad y el derecho de asociación sindical [26] , a través del reforzamiento de la estabilidad laboral de miembros determinantes del sindicato [27] , por lo que, a diferencia de lo que ocurre con la

generalidad de los trabajadores, respecto de los cuales la justa causa de la decisión del empleador es evaluada con posterioridad, en un proceso judicial, respecto de los aforados, dicha justa causa requiere ser calificada de manera previa, con el fin de que, respecto de ellos, el empleador no adopte decisiones arbitrarias de despido, modificación de las condiciones laborales o del lugar de trabajo [28] , como medio de presión, retaliación, acoso o persecución sindical [29] .

Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha entendido que el primer beneficiario del fuero es la organización sindical, aunque indirectamente comporte una garantía en las relaciones laborales individuales del sujeto aforado.

56. Siendo una garantía esencialmente en beneficio de la organización sindical, esta corporación precisó que la vinculación del sindicato al proceso de levantamiento del fuero sindical no es opcional, sino una obligación que determina la validez del trámite, con el fin de permitir la intervención del sindicato en defensa de sus intereses [30] . Igualmente, la validez de la conciliación en dicho proceso se determina por la vinculación del sindicato [31] . Asimismo, los sindicatos cuentan con legitimación en la causa para interponer directamente las acciones para el reintegro y reparación de perjuicios derivadas del despido sin autorización judicial previa [32] .

57. Al tratarse de un fuero [33] , tal garantía denota tanto una prerrogativa excepcional – no se predica de todos los trabajadores -, que sitúa a su titular en una condición especial, así como la previsión de un régimen particular, que se caracteriza por la existencia de un trámite especial, para que las decisiones más trascendentales del empleador, respecto de la situación laboral del empleado aforado, sean revisadas de manera previa [34] y, si se encuentra que media la justa causa y, por lo tanto, no se trata de una medida antisindical, sean autorizadas por un órgano con suficientes garantías de independencia e imparcialidad, so pena de la ineficacia de la medida y, en el caso del despido, se pueda solicitar el reintegro [35] y la reparación integral de los perjuicios causados [36] .

Es decir que los elementos esenciales de la garantía foral son: por una parte, la obligación de la calificación previa de la justa causa para el despido, el traslado o la modificación de las condiciones laborales y, por otra parte, la intervención de un órgano suficientemente independiente e imparcial, encargado de autorizar o denegar tales determinaciones del empleador respecto del trabajador protegido o aforado.

58. Aunque en vigencia de la Constitución de 1991 el levantamiento del fuero sindical ha sido constantemente confiado por el Legislador a la justicia ordinaria, en lo laboral [37] , la Constitución Política no prevé expresamente que dicha función deba ser necesariamente jurisdiccional y, en concreto, que t al competencia deba corresponder al juez laboral. No obstante, del artículo 39 de la Constitución Política se deriva un mandato que consiste en adoptar garantías suficientes para el desarrollo de la actividad de los sindicatos, razón por la cual, aunque no existe prohibición constitucional para que , dentro del margen de configuración normativa del Legislador, el levantamiento del fuero sindical pueda ser ordenado por un órgano administrativo o por uno paritario, conformado por representantes de lo s empleadores y de los trabajadores o, incluso tripartito, con representantes del gobierno, la garantía constitucional del fuero sindical exige que dicho ente ofrezca reales y suficientes garantías orgánicas, estatutarias y funcionales de independencia , que lo protejan de todo tipo de presiones indebidas, así como garantías de imparcialidad no únicamente de q uienes lo integran , individualmente considerados, por el desinterés subjetivo frente a cada caso concreto – imparcialidad de los miembros del órgano -, sino del ente mismo, de tal manera que , en razón de su origen, conformación y el procedimiento que desarrolle , genere o inspire la confianza para las partes interesadas en el asunto de que el levantamiento del fuero sindical responde a una justa causa y no a un acto de persecución sindical - imparcialidad institucional y del proceso o procedimiento - [38] .

Ahora bien, debe advertirse que la norma bajo el presente control de constitucionalidad no prevé una especie de levantamiento no jurisdiccional del fuero sindical, sino excepciones a la carga de solicitar y obtener dicha autorización, para proceder a la desvinculación del servidor público aforado. Por lo tanto, en el plano legal, la garantía del fuero

sindical continúa actualmente confiada al juez laboral, órgano que responde a la exigencia de independencia e imparcialidad suficiente para amparar la libertad sindical.

59. La determinación concreta de los sujetos sobre los que recae el fuero sindical se encuentra en la ley. Así, el artículo 406 del CST dispone que el fuero sindical recae sobre los fundadores y adherentes iniciales de la asociación sindical, sus directivos y los miembros de la comisión de reclamos [39] . Igualmente, aunque la legislación preconstitucional excluía a los empleados públicos del fuero sindical, dichas normas se viciaron de inconstitucionalidad sobreviniente, teniendo en cuenta que el artículo 39 superior no excluye a los servidores públicos (categoría amplia creada por la Constitución de 1991) de tal garantía [40] . Ahora bien, a pesar de que la sentencia C-593 de 1993 dispuso que el levantamiento del fuero sindical de los servidores públicos requería necesariamente la intervención judicial, fue sólo con la expedición de la Ley 362 de 1997 que se hizo plenamente efectiva esta garantía [41] , al prever que la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral para dicho trámite se predica de cualquier aforado, incluidos los trabajadores oficiales y los empleados públicos [42] . Igualmente, mediante la Ley 411 de 1997 Colombia ratificó el Convenio 151 de la OIT que reconoce el derecho de asociación sindical de los empleados del Estado y preconiza la implementación de medidas para su amparo [43] .

Finalmente, el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 584 de 2000, que reformó el CST, previó expresamente el fuero sindical predicable de los servidores públicos.

60. A pesar de que del artículo 39 de la Constitución no se deriva explícitamente la posibilidad de restricciones al fuero sindical, la jurisprudencia constitucional ha entendido que, al igual que el resto de los derechos constitucionales, no se trata de una prerrogativa absoluta y permite que existan trabajadores de los que no sea posible predicar el fuero o hipótesis en las que la desvinculación del trabajador aforado no requiera autorización judicial. En el primero de los casos, en lo que respecta específicamente a los servidores públicos, el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 584 de 2000, que modificó el artículo 406 del CST, excluyó de la garantía del fuero sindical a “ aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración ”.

61. En lo que respecta a la segunda de las limitaciones, a pesar de que su constitucionalidad no ha sido aún examinada [44] , (i) el mismo CST dispone expresamente, en su artículo 411, que no se requiere autorización judicial para la terminación del contrato laboral del empleado aforado, cuando tal determinación se funde en la realización de la obra contratada, la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;

igualmente, cuando la terminación resulte del mutuo consentimiento o sea ordenada por sentencia judicial. 62. (ii) También, en lo que concierne específicamente a los servidores públicos, el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, relativo a los procedimientos ante la CNSC, dispuso que “ No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical (…) 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”.

63. Como se indicó en las cuestiones previas de la presente sentencia, la anterior norma fue declarada exequible por esta Corte mediante la sentencia C-1119 de 2005 en la que, este tribunal no encontró objeción de principio a la posibilidad legal de autorizar la desvinculación del servidor público, sin que sea necesario levantar previamente el fuero sindical, pero juzgó, en concreto, la razonabilidad de tales excepciones a la carga de solicitar la autorización judicial. En dicha sentencia, esta corporación encontró que no se vulnera el artículo 39 de la Constitución cuando se dispone que no se requiere acudir al levantamiento judicial del fuero sindical para desvincular a un empleado público que no ha superado el período de prueba o que, estando en provisionalidad, el empleo debe ser provisto por quien tiene derecho al cargo, a

partir de los resultados del concurso de méritos. Encontró la Corte que “ 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) ” [45] .

64. (iii) Igualmente, el numeral 2 del artículo 450 del CST, relativo a la declaratoria de ilegalidad de las huelgas, prevé que “ 2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial ”. La constitucionalidad de esta norma fue declarada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de septiembre de 1991 y la cosa juzgada constitucional que de allí se deriva, fue reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-450 de 1999. Igualmente, la razonabilidad de esta excepción a la carga de levantamiento del fuero sindical fue analizada en la sentencia SU-036 de 1999, en donde esta corporación aclaró que “ la declaración de ilegalidad se convierte en el acto que suple la mencionada calificación. Se produce, por llamarlo de alguna manera, un levantamiento o suspensión de esta garantía. Por esta razón, en el caso en estudio, no puede hablarse de un desconocimiento de esta garantía ni de los derechos fundamentales a la asociación y libertad sindical que ésta tiende a proteger ”. Sin embargo, se advirtió que, luego de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, la desvinculación debe estar precedida del respeto de las garantías del debido proceso, en una actuación garantista en la que se demuestre que el aforado participó activamente en la huelga declarada administrativamente ilegal [46] .

65. (iv) También, el Decreto Ley 1275 de 1994, “ Por el cual se reestructura la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CVC, se crea la Empresa Energía del Pacífico S.A., EPSA” previó en su artículo 31 que, cuando fruto de tal reestructuración administrativa “ En caso de que alguno o algunos de los funcionarios cuyo cargo se suprima gocen del privilegio de fuero sindical, la supresión del cargo implica el retiro automático del servicio y, en consecuencia, no será necesario adelantar el proceso de levantamiento de fuero ante la justicia laboral ”.

Esta norma fue declarada exequible mediante la sentencia C-262 de 1995, luego de considerar “ que las garantías constitucionales y legales sobre el fuero sindical y la estabilidad laboral, no son afectadas con las disposiciones acusadas, ya que las consecuencias jurídicas, relacionadas con el vínculo laboral que se impugna por el actor se desprenden de una definición legal de carácter general, se hace por ministerio de la ley, y porque la facultad constitucional de reestructurar una entidad pública implica entre otras consecuencias, la atribución jurídica de suprimir cargos;

(…) la debida supresión de un empleo, verificada de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, hace innecesario acudir a la definición judicial del fuero sindical como lo determina la disposición acusada; éste no es un límite absoluto que pueda enervar las decisiones ordinarias del legislador en materia de la estructura de la Administración Nacional ” [47] . Sin embargo, debe aclararse que, con posterioridad, en sentencia de unificación, este tribunal sostuvo que “ Las garantías derivadas de este fuero sindical no desaparecen durante los procesos de liquidación de entidades públicas. Por lo mismo, los aforados sindicales de estas entidades tienen entre otros derechos el de no ser despedidos sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo (CST arts. 405 y 406) ” [48] .

66. (v) Finalmente, el artículo 81 del Decreto Ley 1072 de 1999 dispone que para el retiro de funcionarios de la DIAN amparados por fuero sindical, únicamente será necesario obtener la autorización judicial previa cuando se invoquen las causales señaladas "

en los literales a), f), g), i) y m) del artículo 77 " del mismo decreto. Es decir que, en sentido contrario, en las hipótesis excluidas, se podría desvincular sin necesidad de obtener el desafuero, particularmente, cuando ello se realice en virtud

de un “ informe reservado de inteligencia ” o por “ abandono del cargo ”. En la sentencia C-725 de 2000, este tribunal declaró la inexequibilidad de los motivos de seguridad fiscal presentes en informes de inteligencia de que trataba el artículo 79 del Decreto 1072 de 1999, por razones diferentes a su compatibilidad con el artículo 39 de la Constitución, razón por la cual, únicamente examinó la compatibilidad de dicha norma, con el derecho al fuero sindical, en lo que respecta al abandono del cargo. Concluyó la Corte que “Dado que el "abandono del cargo" es una conducta de carácter objetivo en la que la ausencia del trabajador de sus labores se realiza por este de manera voluntaria, es claro que ella puede establecerse de manera directa por la administración, razón esta que justifica que en caso de ocurrencia de la misma, pueda producirse el acto administrativo de desvinculación del servicio público sin necesidad de que para el efecto sea indispensable la autorización judicial, facultad esta que desde luego habrá de ejercerse por el nominador conforme a la ley (…)” [49] .

67. De lo anterior se deriva que la garantía del fuero sindical admite, desde el punto de vista constitucional, excepciones y restricciones legítimas, a partir de dos criterios:

El primero, está vinculado a la finalidad misma del fuero sindical [50] , que consiste en amparar la libertad sindical, frente a las decisiones del empleador que resulten de su discrecionalidad [51] y que, directa o indirectamente, tengan por objeto obstruir la labor del sindicato. A partir de este criterio es posible excluir de dicha garantía a quienes, por sus funciones, representen al empleador, como es el caso de los servidores públicos que ejercen jurisdicción, autoridad civil o política o dirección administrativa [52] . Este criterio teleológico es el que explica, igualmente, que en tratándose de situaciones o circunstancias objetivas de terminación de la relación laboral o de empleo público, al no tratarse de verdaderas decisiones provenientes de la voluntad del empleador, no se requiera el levantamiento del fuero sindical, considerando que, en tales hipótesis, de naturaleza objetiva, no es necesario precaver un acto patronal de persecución sindical. Finalmente, este mismo criterio es el que explica que no sea necesario obtener la decisión judicial previa de desafuero, cuando la relación laboral termine por mutuo acuerdo o la desvinculación sea consecuencia de una sentencia judicial, como lo prevé el artículo 411 del CST o, en el caso de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, al tratarse de una decisión confiada a la Sala Laboral del Tribunal Superior correspondiente, de acuerdo con el artículo 129 A del Código Procesal Laboral. En todos estos casos, las excepciones a la carga de obtener previamente el levantamiento del fuero sindical se explican debido a que, ninguna de ellas, coincide con una decisión que proviene de la voluntad del empleador, por lo que no se desconoce la teleología de esta garantía constitucional.

El segundo criterio es relativo a la naturaleza del vínculo laboral o de empleo público que ejerce el aforado y que resulta incompatible con la estabilidad laboral reforzada que se deriva del fuero sindical. Se trata de vínculos de empleo en los que, quien labora bajo tales modalidades conoce, de manera anticipada, que su relación laboral o de empleo público no tiene vocación de permanencia. Es el caso de los contratos por obra o labor, de trabajo accidental, ocasional o transitorio, así como de los empleos públicos en provisionalidad [53] .

En estos casos, la terminación de la relación laboral o de empleo público por las razones ligadas a la naturaleza de tal relación es, en sí misma, una justa causa, que no requiere calificación judicial, al ser la consecuencia misma de la naturaleza de la relación.

E. EL FUERO SINDICAL FRENTE A LA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA 68. La responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es un desarrollo necesario de la cláusula de Estado Social de Derecho (artículo 1° de la Constitución), que implica una vinculación positiva y negativa de los servidores públicos con el ordenamiento jurídico, en el ejercicio de sus actividades de empleo público (artículos 121 y 122 de la Constitución), para la satisfacción de los fines esenciales del Estado (artículos 2 y 123 [54] de la Constitución) y, a la vez, exige que se deriven responsabilidades por la violación de la Constitución o de las leyes, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones públicas (artículos 6 y 124 de la Constitución). Se trata de un instrumento constitucional para la

materialización de los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución) y, en razón de todo lo anterior, constituye una institución de interés público (artículo 92 de la Constitución) [55] . Aunque la Procuraduría General de la Nación no es el único órgano encargado de establecer la responsabilidad disciplinaria, sí dispone de un poder preferente al respecto (artículo 277.6 de la Constitución).

69. Ahora bien, no existe una regla constitucional que expresamente regule lo relativo a la sanción disciplinaria del servidor público amparado con el fuero sindical. Si bien es cierto que el artículo 125 de la Constitución prevé que los empleados de carrera pueden ser desvinculados, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario, contrario a lo sostenido por el Procurador en el presente proceso, ello, por sí solo, no constituye un fundamento de constitucionalidad para la norma que se encuentra demandada y que autoriza a la desvinculación del servidor público aforado, sin necesidad de solicitar y obtener previamente el levantamiento del fuero sindical. El artículo 125 superior constituye una determinación constitucional de la justa causa de la desvinculación del empleado de carrera, pero no responde a la cuestión de si, en tratándose de empleados aforados, la ocurrencia de dicha justa causa debe o no ser examinada por el juez laboral, a efectos del levantamiento del fuero sindical [56] .

En realidad, la cuestión de constitucionalidad que ocupa ahora a la Corte Constitucional involucra la necesaria conciliación de las normas relativas a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, con la garantía constitucional del fuero sindical.

70. Tampoco basta con sostener que el fallo disciplinario constituye un acto administrativo que, por lo tanto, es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que este argumento desconoce que es la calificación judicial previa de la justa causa lo que constituye la esencia de la garantía del fuero sindical y no, como ocurre en todos los casos, incluidos los trabajadores privados, la posibilidad de acudir posteriormente al aparato judicial, para cuestionar la existencia de una justa causa y solicitar el reintegro o el restablecimiento de los derechos.

71. En el nivel legal, sin que ello constituya, de manera alguna, parámetro de constitucionalidad, el CST dispone en el artículo 413: “SANCIONES DISCIPLINARIAS. El fuero sindical no impide aplicar al trabajador que de él goce, las sanciones disciplinarias distintas del despido en los términos del respectivo reglamento de trabajo”.

Por su parte, el artículo 49 de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario (CGD, en adelante), dispone que la destitución e inhabilidad general implica: “ a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección”.

72. Respecto del problema jurídico bajo análisis, existen conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Particularmente, respondió la siguiente pregunta formulada por el Ministro de Salud y Protección Social: “ ¿Procede dar cumplimiento a la orden de reintegro de un funcionario respecto del cual la jurisdicción laboral declaró la existencia de un fuero sindical y como resultado de procesos disciplinarios debidamente concluidos fue sancionado con destitución e inhabilidad general de diez (10) y quince (15) años, sanciones cuyos actos administrativos de ejecución gozan de la presunción de legalidad, se encuentran ejecutoriados y registrados en la Procuraduría General de la Nación? ”. Como respuesta a este interrogante, conceptuó el Consejo de Estado que “ (…) en tratándose de servidores públicos amparados por fuero sindical, la expedición de los actos administrativos de ejecución 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.

‖ Si bien es cierto que los actos administrativos por medio de los cuales se ejecutaron las sanciones impuestas como resultado del correspondiente proceso disciplinario están amparados por la presunción de legalidad, también lo es que el

propio Ministerio de la Protección Social, órgano que por naturaleza tiene la función de vigilar el cumplimiento de los derechos y garantías laborales, ignoró que 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. ‖ Habiéndose ejecutado las sanción disciplinaria en forma ilegal y con agravio injustificado en contra del servidor aforado, por violación de garantías constitucionales y legales, corresponde al Ministerio revocar los actos administrativos de ejecución, sin que por ello se afecte la validez de las sanciones disciplinarias, razón por la cual, para ajustarse a las exigencias legales en protección de la garantía foral, el Ministerio, dentro de los dos meses siguientes "a la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa", debió solicitar la correspondiente autorización judicial, para luego proceder, en caso de sentencia favorable al respecto, a la expedición de los actos administrativos de ejecución de las sanciones " [57] . Tal posición fue reiterada, al responder una consulta similar, elevada por el Ministerio del Trabajo [58] . Esta posición fue replicada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, al resolver acciones de tutela [59] .

73. Igualmente, el Ministerio del Trabajo ha conceptuado que la destitución disciplinaria no exonera de la carga de acudir al levantamiento del fuero sindical, tomando en consideración el artículo 413 del CST: "(…) Si bien es cierto, el fuero sindical es una protección que resguarda el derecho de asociación sindical, este no es excusa para que un funcionario o trabajador descuiden las funciones propias de su cargo, por lo tanto, considera esta oficina que un proceso disciplinario será independiente de la protección foral, dependiendo de la sanción debido a que si esta implica destitución sí se requerirá del levantamiento de la protección de lo contrario su aplicación será procedente (…)" [60] .

74. Aunque no existen pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de esta problemática en sede del control abstracto, sí existen decisiones en materia de tutela. Al respecto, resulta relevante el razonamiento realizado por este tribunal en la sentencia de unificación 036 de 1999: " El Código Único Disciplinario consagra como conductas prohibidas para el servidor público y particulares que ejercen funciones públicas "el propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador", conducta que puede ser sancionada, entre otras, con la remoción del cargo. Por tanto, para este evento específico, el ente estatal correspondiente, a efectos de determinar e individualizar la participación del empleado en el cese de actividades, deberá agotar el procedimiento que establece el código, antes de ordenar la suspensión o remoción del funcionario respectivo. En estos eventos, es obligatorio agotar este procedimiento, independientemente de si la autoridad correspondiente ha declarado la ilegalidad. La aplicación del artículo 41, numeral 8º del Código Único Disciplinario, no puede estar condicionada a la existencia de la declaración de ilegalidad del cese de actividades decretada por la autoridad correspondiente, pues en aquellos servicios públicos definidos como esenciales por el legislador, en los que se desarrolle cualesquiera de las conductas que el mencionado estatuto establece como prohibiciones, procederá, si el ente sancionador lo considera conveniente, la aplicación de los correctivos en él previstos, sin que sea necesario para el efecto, la declaración de ilegalidad correspondiente. No obstante, si el servidor público a sancionar goza de la garantía del fuero sindical, será necesario que previa o concomitante con la aplicación del Código Único Disciplinario, se solicite la declaración de ilegalidad del cese de actividades, o la calificación judicial de la justa causa por el juez laboral, en los términos del artículo 113 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, para que sea procedente su despido. No puede emplearse el mencionado estatuto, como un instrumento "legal" para desconocer derechos de rango fundamental como lo son el derecho de asociación y libertad sindical, y cuya principal garantía se encuentra en el fuero sindical.

En consecuencia, la aplicación del régimen disciplinario no anula ni puede desconocer el fuero sindical, pues será necesaria la intervención del juez o la declaración de ilegalidad del cese, para que proceda el despido o la suspensión del

servidor público amparado con esta garantía sindical ” (subrayado no original) [61] .

75. Para resolver entonces el problema jurídico relativo a la constitucionalidad de la excepción al levantamiento del fuero sindical, para retirar a empleados que han sido objeto de una destitución disciplinaria, reitera la Sala Plena de la Corte Constitucional que, en los términos expuestos en la presente sentencia, el fuero sindical es una garantía fundamental para el ejercicio de la libertad sindical, pero precisa, igualmente, que ella no comporta algún tipo de inmunidad para el aforado. Es decir, que del artículo 39 de la Constitución no se deriva una exclusión de los empleados públicos respecto del control disciplinario y, por lo tanto, no autoriza a dichos servidores públicos para incurrir en faltas disciplinarias, sin que ello les acarree las correspondientes consecuencias [62] .

Una conclusión distinta sería inconstitucional, desde distintos puntos de vista. 76. Por otra parte, a pesar de que, a la luz del artículo 29 de la Constitución, la adopción de los fallos disciplinarios deba estar precedida del respeto pleno de las garantías del debido proceso, particularmente la legalidad de la falta, la defensa y la contradicción probatoria, la imposición de una sanción disciplinaria de destitución no constituye una causal objetiva del retiro del servicio, teniendo en cuenta que en dicha determinación, como verdadera decisión, que implica un componente volitivo, se requiere, entre otros elementos, una valoración probatoria y argumental para la evaluación de la conducta, su adecuación típica como falta gravísima, el examen de la antijuridicidad de la falta, así como de la culpabilidad, la ilicitud sustancial y de la presencia o no de causales de exclusión de responsabilidad. Lo anterior no significa, de manera alguna, que la adopción de fallos disciplinarios sea una actividad caprichosa, arbitraria y sin referentes normativos, sino se trata de reconocer los componentes valorativos presentes en el proceso disciplinario, particularmente, los márgenes legítimos de apreciación reconocidos a la autoridad competente para fallar el asunto, en razón de los cuales la sanción disciplinaria encuadra en la categoría jurídica de las decisiones. Ello significa que la constitucionalidad de la norma bajo control no podría fundarse en el carácter objetivo de la causal, es decir, en la ausencia de una verdadera decisión al respecto.

77. Por el contrario, en lo que respecta a la finalidad del fuero sindical, que consiste en el amparo de la libertad sindical frente a las decisiones del empleador que puedan torpedear la acción del sindicato, mediante el retiro del aforado o la variación de sus condiciones laborales, constata la Sala Plena de la Corte Constitucional que, en tratándose de la ejecución inmediata de un fallo disciplinario proferido por la Procuraduría General de la Nación, sin calificación previa de la justa causa por parte del juez laboral, no existe afectación del fuero sindical, ya que, respecto de los servidores públicos de la DIAN, (i) la Procuraduría, como órgano constitucionalmente autónomo (artículos 113 y 279 de la Constitución), no es el superior jerárquico, en términos administrativos, del empleado aforado en la DIAN, (ii) se trata de una entidad exenta de controles de tutela por parte del empleador, de la entidad en la que labora el aforado o del ente público al que se encuentra adscrita dicha entidad, y (iii) existen suficientes elementos orgánicos, funcionales y procedimentales presentes en la Procuraduría que garantizan que el poder disciplinario no será utilizado como un instrumento antisindical, lo que constituiría un claro desvío del poder. Al tratarse de decisiones externas y ajenas a la dirección de la entidad para la que labora el servidor público aforado, o de la entidad a la que se adscribe la misma, proferidas por un órgano independiente y que, además, en lo que respecta a los empleados aforados, otorga suficiente confianza de imparcialidad en la adopción de las sanciones disciplinarias, de acuerdo con la teoría de las apariencias [63] , concluye la Sala Plena que el derecho de asociación sindical no se encuentra desprotegido con la autorización legal para la ejecución inmediata de la destitución disciplinaria de la Procuraduría, sin que la eficacia de dicho acto administrativo se encuentre en suspenso y sometida al levantamiento del fuero sindical, por parte de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social.

78. No ocurre lo mismo cuando la destitución es decidida por la oficina de control interno disciplinario, teniendo en cuenta que se trata de un órgano de la entidad en la que labora el servidor público aforado (artículos 2 [64] , 83 [65] y 93 [66] del CGD) y que, de acuerdo con la ley que regula la responsabilidad disciplinaria, las apelaciones de los fallos

disciplinarios adoptados en primera instancia por las oficinas de control interno disciplinario deben ser decididas por el jefe de la entidad (artículo 93 del CGD [67]). Aunque la oficina de control interno es un órgano del más alto nivel dentro de la estructura de la entidad pública, se encuentra desprovista de garantías orgánicas y estatutarias que amparen su independencia frente a la dirección de la entidad y que generen la suficiente confianza, bajo la teoría de las apariencias, de que el poder disciplinario no será utilizado con fines antisindicales. En esta hipótesis, no existe razón constitucional que justifique la excepción al deber del levantamiento del fuero sindical, porque, de aceptar tal excepción, se desconocería que la finalidad del fuero sindical consiste en amparar al trabajador cubierto y, por esta vía, al sindicato, frente a las decisiones adoptadas por su empleador, quien podría utilizar sus potestades jerárquicas para afectar la libertad sindical y, para ello, se confía en el juez laboral la facultad de corroborar la existencia de la justa causa, en este caso, la infracción del régimen disciplinario. Por el contrario, interpretar que no es necesario el levantamiento del fuero sindical frente a la destitución disciplinaria, proferida incluso por las instancias de la entidad en la que labora el servidor aforado, constituiría una vulneración del artículo 39 de la Constitución.

79. Por otra parte, el Decreto Ley 4173 de 2011 creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC y, dentro de sus funciones le asignó competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra servidores públicos de la DIAN, por ciertas faltas gravísimas [68] e, incluso, para que, respecto de las otras faltas, pueda eventualmente desplazar la competencia de la oficina de control interno disciplinario [69] .

Se trata de una “ entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C.

” que, por lo tanto, constituye un órgano externo a la entidad para la que presta sus funciones el servidor público aforado. No obstante, no se trata de un ente provisto de garantías de independencia equivalentes a aquellas de la Procuraduría General de la Nación ya que, en realidad, es un órgano sometido a controles de tutela derivados de su adscripción a la misma entidad a la que se adscribe la DIAN, esto es, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Ello significa que, en razón de la finalidad misma del fuero sindical, que consiste en amparar al sindicato frente a las decisiones del empleador, no existe razón constitucional suficiente que justifique la exclusión de la carga de desaforar para ejecutar las decisiones disciplinarias proferidas en primera o segunda instancia [70] por este órgano que comparte la misma adscripción de la DIAN.

80. Por lo tanto y, en aplicación del principio de conservación del derecho, se declarará la exequibilidad condicionada del numeral 4 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución sea proferida por la Procuraduría General de la Nación. Al respecto, debe recordarse que, dentro de las facultades de la Procuraduría, existe la de fallar la segunda instancia del proceso disciplinario decidido en primera instancia por las oficinas de control interno y, por lo tanto, desplazar la competencia del nominador para fallar la segunda instancia (artículos 3 y 93, inciso 3 del CGD). En este caso, no se requerirá el desafuero del servidor público destituido, para poder ejecutar el fallo disciplinario proferido en segunda instancia por la Procuraduría. Igual razonamiento se predica en el caso en el que la Procuraduría asuma la decisión de la segunda instancia de un proceso disciplinario decidido, en primera instancia, por la ITRC.

81. Finalmente, debe aclararse que aunque el levantamiento del fuero sindical, cuando ello se requiere, pueda significar que la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social realice un control especial de la validez del fallo disciplinario [71] , ello no es en sí mismo inconstitucional, teniendo en cuenta que la Constitución no dispuso que el control de los actos administrativos fuera exclusivo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por el

contrario, la configuración del reparto competencial entre dicha jurisdicción y la Jurisdicción Ordinaria, fue un asunto confiado al Legislador [72] .

Dicho de otra manera, aunque la Ley podría asignar el levantamiento del fuero sindical de los servidores públicos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la opción que adoptó, en el sentido de atribuir dicha función a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, es constitucionalmente legítima. En este caso, el fallo disciplinario será objeto de dos controles judiciales, aunque cada uno de ellos tiene una finalidad y alcance distinto: uno realizado por el juez laboral, de manera previa a su ejecución y otro, posterior, confiado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho. El control judicial del fallo disciplinario realizado por el juez laboral persigue el amparo de la libertad sindical y, por lo tanto, se dirige únicamente a examinar si, desde un punto de vista fáctico y jurídico, la destitución pronunciada constituye justa causa para la desvinculación del servidor público, con miras a excluir la existencia de un acto de persecución sindical. Es, en estos términos, un control material y no meramente formal, aunque limitado teleológicamente. Por el contrario, el control realizado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediado por la regla técnica de la justicia rogada, busca garantizar la juridicidad de los actos administrativos disciplinarios y se extiende al examen de los vicios que afecten la validez del fallo, tales como el desconocimiento de las normas superiores, la incompetencia, el desconocimiento de las formas propias de dicho acto administrativo y para su expedición, la violación de los derechos de audiencia o de defensa, la falsa motivación y la desviación del poder público.

Se trata de un reforzamiento judicial que se explica en el mandato constitucional de amparo de la libertad sindical, a través del fuero (artículo 39 de la Constitución) y que implica que, en dichos casos, los fallos disciplinarios únicamente adquieren fuerza ejecutoria, cuando se ha dispuesto judicialmente el levantamiento del fuero sindical.

F. EL FUERO SINDICAL FRENTE AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES 82. De acuerdo con la sentencia C-106 de 2018 “ las inhabilidades son restricciones a la capacidad de las personas [73] , para entablar relaciones jurídicas con el Estado [74] , que resultan de condenas, sanciones o de situaciones que el ordenamiento ha calificado jurídicamente [75] , para efectos de (i) impedir el acceso o la continuación en el desempeño de funciones públicas , como servidor público [76] o como particular que ejerce dichas funciones, (ii) para prestar servicios públicos [77] o (iii) para la celebración de contratos con el Estado [78] ” (negrillas originales) [79] .

83. Como concreción del principio de juridicidad que rige el ejercicio de las funciones públicas en el Estado de Derecho, dichas restricciones son establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que el artículo 123 de la Constitución disponga que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Igualmente, es por ello que el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución asigna al legislador la facultad de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas.

84. En desarrollo de tal facultad, es posible identificar tres tipos de inhabilidades: (i) Aquellas que se refieren a condiciones o situaciones que, por imperio de la Constitución o de la ley, su ocurrencia excluye la capacidad para ejercer determinada función o celebrar contratos. Se trata, por ejemplo, de aquellas inhabilidades derivadas de haber ejercido previamente cierta función o de ser cónyuge o compañero permanente de alguien o tener cierto grado de parentesco. Se trata de las denominadas inhabilidades requisito.

(ii) También existen inhabilidades que, por mandato legal, se derivan de supuestos de hecho, tales como la acumulación de sanciones, de declaratorias de incumplimiento de contratos o la inclusión en el boletín de responsables fiscales. Estas segundas se denominan inhabilidades consecuencia .

(iii) Finalmente, hay inhabilidades que no resultan de la ocurrencia de supuestos de hecho previstos en la Constitución o en la Ley, sino que son sanciones impuestas por autoridades administrativas o por jueces de la República. Tal es el caso de las sanciones disciplinarias de destitución e inhabilidad o de suspensión e inhabilidad, así como de las sanciones penales principales o accesorias de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas [80] .

Estas últimas se denominan inhabilidades sanción . 85. Según el momento en el que se verifica su ocurrencia, las inhabilidades también se clasifican en previas , es decir, aquellas que impiden el acceso a la función pública, a la prestación del servicio o a la celebración del contrato y sobrevinientes , entiéndase aquellas que ocurren o se verifican en el ejercicio del empleo, la función o la ejecución del contrato, por la firmeza de la decisión administrativa o judicial de inhabilidad o por la ocurrencia del hecho o la situación que inhabilita [81] . En tratándose de circunstancias que privan de la capacidad para el ejercicio de la función o para la ejecución del contrato, la ocurrencia de la inhabilidad genera consecuencias sobre la permanencia en la actividad o en la ejecución del contrato, que impiden su continuación [82] .

86. La norma objeto del presente control de constitucionalidad autoriza a desvincular al empleado de la DIAN, sin necesidad de acudir al levantamiento del fuero sindical, ante la verificación de una inhabilidad sobreviniente. En lo que respecta a los dos primeros tipos de inhabilidades, es decir, las inhabilidades requisito y las inhabilidades consecuencia , encuentra la Sala Plena de la Corte Constitucional que se trata de circunstancias objetivas, previstas de manera abstracta y previa en la Constitución y en la ley, frente a las cuales, no existe discrecionalidad del empleador del aforado en su constatación o en la aplicación de las consecuencias de su ocurrencia. Este es el caso de la inhabilidad sobreviniente que resulta del no pago de la condena administrativa en responsabilidad fiscal [83] - inhabilidad consecuencia - , al ser decidida por las contralorías o por la Auditoría General de la República, órganos autónomos de control, razón por la cual, tampoco, en esta hipótesis, la desvinculación del servidor público aforado por la inhabilidad sobreviniente requiere el levantamiento previo del fuero sindical. Basta con la constatación de la inclusión en el boletín de responsables fiscales para evidenciar la inhabilidad consecuencia.

87. Por lo tanto, la desvinculación del servidor público aforado sin calificación previa de la justa causa por parte del juez laboral, por ocurrencia de una inhabilidad requisito o de una inhabilidad consecuencia, no constituye una vulneración del artículo 39 de la Constitución. Sin embargo, debe recordarse que el respeto de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, implican que la desvinculación debe realizarse a través de un acto administrativo motivado, cuyos fundamentos serán susceptibles de ser controvertidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

88. En lo que respecta a las inhabilidades sobrevinientes sanción , no se trata de circunstancias objetivas frente a las cuales la desvinculación resulte de un ejercicio de constatación y de aplicación legal, sino de decisiones en las que se reprocha la comisión de delitos o de faltas disciplinarias, por lo que, el respeto de la garantía constitucional del fuero sindical, en los términos de la presente sentencia, implica hacer las siguientes precisiones y diferenciaciones:

89. En primer lugar, las inhabilidades sobrevinientes que resultan de sanciones penales , principales o accesorias, de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas autorizan legítimamente a la desvinculación del servidor público aforado, sin necesidad de obtener previamente el levantamiento del fuero sindical, teniendo en cuenta que no se trata de decisiones que provengan del empleador, sino de sentencias judiciales. Por lo tanto, su ejecución inmediata no desconoce, de manera alguna, la finalidad constitucional de la garantía del fuero sindical.

90. En segundo lugar, en lo que respecta a las inhabilidades sobrevinientes que resultan de sanciones disciplinarias , la interpretación sistemática del numeral 4 y del numeral 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 implica que la inhabilidad general sobreviniente, como sanción conexa e inescindible de la destitución disciplinaria , por la comisión de

faltas disciplinarias gravísimas dolosas o gravemente culposas (artículo 48 numerales 1 y 2 del CGD), se rige por el numeral 4, con las precisiones hechas en la presente sentencia.

Es decir, que se trata de una desvinculación por destitución disciplinaria y, por ello, se somete al condicionamiento del numeral 4. 91. En tercer lugar y de manera congruente con el condicionamiento que se introducirá a la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 144 del Decreto Ley bajo control, la inhabilidad sobreviniente que resulta de la sanción disciplinaria de suspensión en el cargo e inhabilidad especial [84] , adoptada en primera y segunda instancia por la ITRC o, en primera instancia por la oficina de control interno de la entidad para la que presta sus servicios el servidor público aforado y, en segunda instancia, por el nominador, sí requiere obtener el levantamiento del fuero sindical, para garantizar la efectividad de la garantía prevista en el artículo 39 de la Constitución. Por el contrario, la inhabilidad sobreviniente que se deriva de la suspensión en el cargo e inhabilidad especial decidida por la Procuraduría, al no tratarse de una decisión del empleador o de una entidad sometida al control de tutela del mismo ministerio al que se adscribe la DIAN, no requiere el levantamiento del fuero sindical. Por lo tanto, en lo que respecta a las inhabilidades sanción, la constitucionalidad del numeral 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 se condicionará a la interpretación según la cual, la desvinculación del servidor público aforado no requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una decisión judicial en firme o de una decisión ejecutoriada de un órgano de control.

92. La ratio decidendi de la presente decisión implica que no se requiere el levantamiento del fuero sindical cuando se trate de inhabilidades requisito o consecuencia, al tratarse de constataciones objetivas, es decir, no de decisiones, ni cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una sanción disciplinaria proferida por una entidad pública diferente a aquella en la que labora el servidor público aforado, pero para la cual prestó sus servicios y, en razón de ello, se adoptó un fallo disciplinario al respecto.

93. Las anteriores reglas se resumen en el siguiente cuadro: TIPO DE INHABILIDAD SOBREVINIENTE SUBTIPO RELACIÓN CON EL FUERO SINDICAL CONSECUENCIA Inhabilidad requisito Causal objetiva que no contraría la finalidad del fuero sindical.

No vulnera el artículo 39 de la Constitución. Inhabilidad consecuencia Causal objetiva que no contraría la finalidad del fuero sindical. No vulnera el artículo 39 de la Constitución.

Inhabilidad sanción Penal Es una decisión, pero no proviene del empleador, sino de una autoridad judicial. No vulnera el artículo 39 de la Constitución.

Disciplinaria Adoptada por la Procuraduría General de la Nación . Es una decisión, pero no proviene del empleador, sino de una autoridad independiente.

No vulnera el artículo 39 de la Constitución. Adoptada por la oficina de control interno de una entidad pública diferente aquella para la que presta sus servicios el aforado, por faltas disciplinarias cometidas cuando trabajaba para tal entidad.

Es una decisión que no proviene del empleador. No vulnera el artículo 39 de la Constitución. Adoptada por la oficina de control interno de la entidad para la que presta sus servicios el servidor aforado o, en segunda instancia, por el jefe de la entidad.

Es una decisión que proviene del empleador, por lo que permitir, en este caso, la desvinculación sin autorización judicial desconocería la teleología del fuero sindical.

El respeto del artículo 39 de la Constitución no permite la desvinculación del servidor público aforado, sin levantamiento del fuero sindical, por inhabilidad sobreviniente derivada de una sanción disciplinaria adoptada por la misma entidad para la que presta sus servicios.

Adoptada por la ITRC. Es una decisión que, si bien formalmente no proviene del empleador, sí se predica de un órgano sometido al control de tutela del mismo ministerio al que se adscribe la DIAN.

El respeto del artículo 39 de la Constitución no permite la desvinculación del servidor público aforado, sin levantamiento del fuero sindical, por inhabilidad sobreviniente derivada de una sanción disciplinaria adoptada por una entidad adscrita al mismo ministerio al que se adscribe la DIAN y, por lo tanto, no ofrece garantías orgánicas de independencia frente al empleador del servidor público aforado.

94. Las consideraciones expuestas responden con suficiencia a los argumentos planteados por el demandante y los intervinientes en el proceso, como se expone a continuación.

Debe aclararse que, aunque algunos de los intervinientes expusieron argumentos relativos a los cargos de la demanda que fueron rechazados en la fase de admisión, al tratarse de asuntos ajenos a la presente sentencia, no serán respondidos, lo mismo que los argumentos expuestos en las intervenciones extemporáneas.

Argumentos de la demanda y de los intervinientes Consideraciones de la Corte (i) La norma cuestionada que permite la desvinculación del empleado que participe en el concurso y no ocupe un lugar en la lista de elegibles, que permita su nombramiento en estricto orden de mérito, ya se encontraba en el artículo 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005, declarado exequible mediante la sentencia C-1119 de 2005, donde se examinó si dicha excepción al deber de desaforar desconocía el artículo 39 de la Constitución.

Existe cosa juzgada material que se predica de la sentencia C-1119 de 2005 y, por lo tanto, en lo que concierne al numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, la Corte Constitucional se estará a lo resuelto en dicha sentencia y, por consiguiente, se declarará la exequibilidad de dicha norma.

(ii) Las causales de desvinculación del servicio que se encuentran cuestionadas son objetivas y no implican una decisión del empleador que requiera ser examinada como justa causa de despido por parte del juez laboral.

El fuero no puede utilizarse desconocer el principio del mérito, para impedir el ejercicio del poder disciplinario, ni para mantener a empleados que se encuentran en una situación de inhabilidad, al tratarse de una causa objetiva de terminación de la relación laboral.

La destitución disciplinaria no constituye una causal objetiva de retiro del servicio, sino se trata de una verdadera decisión. Cuando tal determinación es adoptada por la Procuraduría General de la Nación, no existe riesgo de que tal potestad, respecto de servidores públicos aforados, sea utilizada como un instrumento antisindical.

Por lo tanto, es razonable que no se requiera el levantamiento del fuero sindical, sin perjuicio del control judicial posterior, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En tratándose de inhabilidades requisito y consecuencia La desvinculación por inhabilidad sobreviniente constituye una causal objetiva, que no requiere el levantamiento del fuero sindical. Tampoco cuando se trata de una inhabilidad sanción, proferida por un juez penal o por la Procuraduría General de la Nación.

(iii) Los Convenios de la OIT sobre libertad sindical hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que prevalecen sobre la sentencia que declaró exequible el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005. Al existir contradicción respecto de los precedentes jurisprudenciales de la Corte, deberá acudirse al principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, según lo dispone el artículo 53 de la Constitución. Igualmente, no es posible interpretar los convenios en el sentido que permita desvincular al aforado, sin un proceso judicial en donde ello se autorice.

Al carecer de especificidad al respecto y de suficiencia, la demanda adolece de ineptitud sustantiva en lo que respecta al desconocimiento del bloque de constitucionalidad, razón por la cual, la presente sentencia no se pronuncia frente a tal

acusación.

95. Así las cosas, en lo que respecta al numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, la Corte Constitucional se estará a lo resuelto en la sentencia C-1119 de 2005, en donde se declaró la exequibilidad de dicha norma, frente al cargo de desconocimiento del artículo 39 de la Constitución. En lo que respecta al numeral 4 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, se declarará la exequibilidad condicionada, en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución sea proferida por la Procuraduría General de la Nación. Finalmente, el numeral 5° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en lo que respecta a las inhabilidades sanción será declarado exequible, en el entendido de que la desvinculación del servidor público aforado no requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una decisión judicial en firme o de una decisión ejecutoriada de un órgano de control.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN 96. Le correspondió a la Corte Constitucional estudiar una demanda presentada contra numerales 2, 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, " Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN " .

Dichas normas prevén que " No se será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fuero sindical (…) 144.2 Cuando los empleos deban ser provistos con las listas de elegibles y el servidor que los desempeñe no ocupe un lugar en la lista que le permita el nombramiento en estricto orden de mérito.

(…) 144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada. (y) 144.5 Por inhabilidad sobreviniente". 97. Consideraba la accionante que las anteriores normas desconocen el artículo 39 de la Constitución, en donde se prevé la garantía del fuero sindical y que implica que el despido, modificación de las condiciones de trabajo o el traslado del lugar donde cumple sus funciones, deben ser autorizados previamente por el juez laboral, quien debe examinar si existe o no justa causa. Alegaba la ciudadana que relevar, en una norma de rango legal, de la carga de obtener el levantamiento del fuero sindical, constituye por sí mismo una violación del artículo 39 de la Constitución. Igualmente alegaba que dichas normas desconocen, además, el artículo 93 de la Constitución, considerando que contrarían los artículos 1 de los convenios 087 y 098 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

98. De manera preliminar, encontró la Corte que la demanda adolece de ineptitud sustantiva en lo que respecta al presunto desconocimiento del artículo 93 de la Constitución, considerando que, al respecto, la demanda se limita a transcribir apartes de los convenios de la OIT, así como jurisprudencia de este tribunal, sin argumentar, de manera concreta, cómo las normas demandadas estarían desconociendo dichos compromisos internacionales, a pesar de que ellos otorgan, a los países miembros, una cierta amplitud en la configuración de las garantías concretas para el amparo de la libertad sindical y no exigen, de manera expresa, el respeto de la figura del fuero sindical, que sí prevé el artículo 39 de la Constitución. Por lo tanto, este tribunal se inhibió de pronunciarse de fondo respecto del cargo relativo a la presunta vulneración del artículo 93 de la Constitución.

99. Igualmente, identificó esta corporación que, en lo que respecta a la norma prevista en el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, que autoriza a desvincular al servidor público aforado, en aplicación de razones derivadas del concurso de méritos, existe cosa juzgada material, que se predica de la sentencia C-1119 de 2005, por lo que, respecto de tal norma, se estuvo a lo allí resuelto y, por consiguiente, declaró la exequibilidad de dicha norma.

100. En lo que concierne a los numerales 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, la Corte Constitucional identificó el siguiente problema jurídico:

¿Desconoce el legislador extraordinario el fuero sindical (art. 39 de la Constitución), al establecer que se puede retirar a un servidor público aforado, del sistema específico de carrera de la DIAN, sin autorización judicial, cuando éste haya sido destituido por decisión disciplinaria ejecutoriada o cuando se haya configurado una inhabilidad sobreviniente, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020? 101.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte Constitucional precisó el alcance del fuero sindical, como garantía constitucional establecida para el amparo de la libertad sindical y del derecho de asociación sindical, a través del reforzamiento de la estabilidad laboral del trabajador aforado y cuyos elementos esenciales son, por una parte, la obligación de la calificación previa de la justa causa para el despido, el traslado o la modificación de las condiciones laborales y, por otra parte, la intervención de un órgano judicial, encargado de autorizar o denegar tales determinaciones del empleador respecto del trabajador protegido o aforado. Asimismo, precisó este tribunal que el fuero sindical no constituye una garantía absoluta y, por lo tanto, admite excepciones y restricciones legítimas, a partir de dos criterios: (i) la finalidad misma del fuero sindical, que consiste en amparar la libertad sindical, frente a las decisiones del empleador que resulten de su discrecionalidad y que, directa o indirectamente, tengan por objeto obstruir la labor del sindicato por lo que, entre otras hipótesis, no se requiera el levantamiento del fuero sindical ante la constatación de causas objetivas o de decisiones que provengan de órganos externos que, además, se encuentren revestidos de suficientes garantías de independencia e imparcialidad y (ii) la naturaleza del vínculo laboral o de empleo público que ejerce el aforado y que resulta incompatible con la estabilidad laboral reforzada que se deriva del fuero sindical.

102. A partir de los anteriores criterios, encontró la Corte que la desvinculación del servidor público aforado, sin el levantamiento judicial del fuero sindical, por la destitución disciplinaria, no desconoce el artículo 39 de la Constitución, cuando la sanción disciplinaria es adoptada por (a) un órgano externo a la entidad en la que desempeña sus labores el aforado y que, además, (b) ofrezca, desde el punto de vista orgánico y funcional, suficientes garantías de independencia e imparcialidad, como es el caso de los fallos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

103. En lo que respecta a la desvinculación del servidor público aforado, sin el levantamiento judicial del fuero sindical, por la ocurrencia de una inhabilidad sobreviniente, este tribunal encontró que, en tratándose de aquellas que constituyen inhabilidades requisito o inhabilidades consecuencia , se trata de circunstancias o causas objetivas, por lo que la excepción a la carga de obtener la autorización judicial no contraría la finalidad misma del fuero sindical. Igualmente, en lo que respecta a la inhabilidad consecuencia derivada del no pago de las condenas en responsabilidad fiscal, aclaró la Corte que, aunque se trata de una decisión, los órganos encargados de condenar la reparación de los detrimentos patrimoniales – contralorías y Auditoría General de la República – son órganos externos a la entidad en la que trabaja el empleado aforado y ofrecen garantías de independencia e imparcialidad, que permiten descartar el riesgo de persecución o discriminación sindical, lo que justifica que no sea necesario el levantamiento del fuero sindical.

104. En lo que respecta a las inhabilidades sobrevinientes que constituyen inhabilidades sanción , encontró la Corte, a la luz del artículo 39 de la Constitución, que no resulta exigible el levantamiento del fuero sindical, cuando ellas se deriven de una sanción penal principal o accesoria o cuando se trate de una sanción disciplinaria proferida por la Procuraduría, en consideración de las garantías de independencia e imparcialidad de las que se encuentran revestidas la Rama Judicial del poder público y la Procuraduría General de la Nación.

105. Por el contrario, la Sala Plena de la Corte Constitucional identificó que las interpretaciones amplias de las normas demandadas, que autorizarían la desvinculación del empleado público aforado, sin necesidad de obtener el levantamiento del fuero sindical, a partir de (i) decisiones de órganos internos de la entidad en la que trabaja el aforado o que, (ii) aun siendo externos, no ofrecen garantías suficientes de independencia e imparcialidad, vulneraría el artículo 39 de la Constitución, relativo al fuero sindical y, por lo tanto, las normas demandadas serían inconstitucionales.

106. Así, en virtud del principio de conservación del derecho, la Corte Constitucional restringió el alcance de las normas demandadas, al excluir estas interpretaciones y, por consiguiente, decidió:

- E n lo que respecta al numeral 4 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 , condicionar su exequibilidad, en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución disciplinaria sea proferida por la Procuraduría General de la Nación.

- En lo que concierne al numeral 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 , se declaró la exequibilidad, de manera condicionada, en lo que respecta a las inhabilidades sanción, en el entendido de que la desvinculación del servidor público aforado no requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una decisión judicial en firme o de una decisión ejecutoriada de un órgano de control.

III. DECISIÓN La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero. - ESTARSE A LO RESUELTO en las sentencias C-1119 de 2005 y C-1175 de 2005, en lo que respecta al numeral 2° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, y por ende declararlo EXEQUIBLE , frente al cargo de desconocimiento del artículo 39 de la Constitución.

Segundo. - Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del numeral 4° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en el entendido de que no será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical, cuando la destitución sea proferida por la Procuraduría General de la Nación.

Tercero. - Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del numeral 5° del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, en el entendido de que la desvinculación del servidor público aforado no requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una decisión judicial en firme o de una decisión ejecutoriada de un órgano de control.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Presidente con salvamento parcial de voto DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDO LINARES CANTILLO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ALBERTO ROJAS RIOS Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICHA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO A LA SENTENCIA C-033/21 SERVIDOR PUBLICO AFORADO- Destitución sin autorización judicial (Salvamento parcial de voto) Expediente:

D-13667 Demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 7 (parcial), 9, 22 (parcial), 27 (parcial), 29, 43, 140 (parcial) y 144 (parcial) del Decreto Ley 071 de 2020 “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”.

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, expongo los dos argumentos por los que me aparté, parcialmente, de la decisión:

1. Se decidió declarar la exequibilidad condicionada del numeral 4 del artículo 144 del Decreto 071 de 2020 en el entendido de que es necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical cuando la destitución disciplinaria sea adoptada por la oficina de control interno disciplinario de la misma entidad y, en segunda instancia, por el jefe de dicha entidad, situación que se consideró importante precisar con el fin de diferenciarla de las decisiones que eventualmente puedan adoptar la Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales que, en su calidad de órganos autónomos, no ejercen

superioridad jerárquica sobre los funcionarios de manera que para hacer efectiva la decisión de destitución adoptada por éstas, no se requiere autorización judicial para retirar del servicio a los servidores con fueron sindical.

En mi opinión, los argumentos utilizados para llegar a dicha conclusión resultan contraevidentes cuando advierten que los funcionarios de la oficina de control interno "podría[n] utilizar sus potestades jerárquicas para afectar la libertad sindical" , en tanto desconocen que el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 modificatorio del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, establece que:

"Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción. Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial.

Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador (…)" , de manera que también podría alegarse, a su respecto, la independencia de la que se dice gozar tanto la Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales. En efecto, tales funcionarios no son subalternos del jefe de la respectiva entidad ni su permanencia depende de su decisión de mantenerlos en el cargo.

Para evitar esa contradicción, la norma debió declararse exequible sin condicionamientos en tanto la causal de retiro contenida en el numeral 4 demandado es objetiva y no requería de interpretación más allá de su contenido literal, al tratarse de una sanción disciplinaria ejecutoriada dentro de un proceso en el que el aforado tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa.

2. Así mismo, la decisión mayoritaria consistió en condicionar el numeral 5 del artículo 144 del Decreto 071 de 2020 en el entendido de que la desvinculación del servidor público aforado sí requiere el levantamiento del fuero sindical, cuando la inhabilidad sobreviniente resulte de una sanción disciplinaria adoptada por la oficina de control interno de la misma entidad y, en segunda instancia, por el jefe de dicha entidad. Para llegar a dicha conclusión, la sentencia hace una clasificación general de las inhabilidades, y establece que en lo referido a "las inhabilidades sobrevinientes que resultan de sanciones disciplinarias, la interpretación sistemática del numeral 4 y del numeral 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020 implica que la inhabilidad general sobreviniente, como sanción conexa e inescindible de la destitución disciplinaria, por la comisión de faltas disciplinarias gravísimas dolosas o gravemente culposas (artículo 48 numerales 1 y 2 del CGD), se rige por el numeral 5" .

Al respecto, considero que la norma debió declararse inexequible. En efecto, tal como la misma sentencia advierte, hay distintas clases de inhabilidades y son diversas sus formas de configuración. En consecuencia, obligar al levantamiento del fuero únicamente frente a inhabilidades que sobrevienen a una sanción disciplinaria, no sólo desconoce la autonomía de la causal con respecto a las otras enlistadas en la disposición de la que hace parte, sino que deja por fuera otro tipo de inhabilidades cuya configuración requeriría ser valorada como justa causa por parte del juez laboral. No puede perderse de vista que la calificación judicial previa de la justa causa es lo que constituye la esencia de la garantía del fuero sindical por lo que, al no tratarse de causales siempre objetivas, se debe pretender conciliar entre las normas relativas a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y la garantía constitucional del fuero sindical (arts. 125 y 39 CP).

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado [1] Informe de Secretaría del 28 de febrero de 2020. Folio 115 del expediente. [2] En la Secretaría General de la Corte Constitucional se recibieron oportunamente los siguientes escritos de intervención:

(i) U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, a través de su apoderado, Nelson Javier Otalora Vargas, (ii) Nixon Torres Cárcamo, (iii) Armando López Cortés, Director Jurídico del Departamento Administrativo de la

Función Pública, (iv) Luis Miguel Morantes Alfonso, Presidente y representante legal de la Confederación De Trabajadores De Colombia "CTC".

[3] El término de fijación en lista venció el 19 de agosto de 2020 y el día 21 de agosto de 2020 se recibió el concepto de la universidad Externado de Colombia, firmado por Jorge Iván Rincón Córdoba, Director del Departamento Derecho Administrativo.

Igualmente, el 24 de agosto de 2020 se recibió escrito de intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su presidente, Fridole Ballén Duque.

[4] Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Intervención presentada 21 de mayo de 2020. [5] Intervención presentada el 1 de junio de 2020.

[6] Departamento Administrativo de la Función Pública. Intervención presentada el 15 de julio de 2020. [7] Confederación de Trabajadores de Colombia.

Intervención presentada el 14 de agosto de 2020. [8] Concepto remitido el 21 de agosto de 2020. El fuero sindical no es una garantía absoluta y las excepciones deben juzgarse a la luz de la finalidad perseguida por esta garantía.

En lo que respecta a la desvinculación por la realización del concurso de méritos se trata de una consecuencia objetiva del mismo, que no atenta contra los fines de la garantía. En cuanto a la ejecución de una sanción disciplinaria y el acaecimiento de una inhabilidad, la norma es inconstitucional, de acuerdo con el Concepto del 30 de octubre de 2013, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

[9] Comisión Nacional del Servicio Civil. Intervención presentada el 24 de agosto de 2020. Las normas cuestionadas ya se encontraban en el Decreto Ley 760 de 2005 cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-1119 de 2005, por lo que hay cosa juzgada material y absoluta, porque la parte resolutiva de la sentencia no limitó sus efectos a los cargos examinados. La demanda no argumenta por qué no existe cosa juzgada que permita un pronunciamiento de fondo. Además, el cargo no es claro, se construye a partir de una interpretación subjetiva de las normas y la acusación es vaga e imprecisa. Debido al principio de la carrera y al carácter general de la causal de desvinculación, no es necesario solicitar el levantamiento del fuero sindical. El fuero es una garantía establecida primariamente en beneficio del sindicato y secundariamente en beneficio del trabajador. Las normas demandadas son compatibles con el artículo 125 de la Constitución, porque permiten la primacía del concurso público para el nombramiento de los cargos en carrera.

[10] “ En cuanto a la Recomendación 143 de la OIT adoptada en 1971 por la Conferencia General, debe decirse que a pesar de no tener un carácter vinculante sí contiene directrices que sirven para orientar las actuaciones de las autoridades de los Estados. En ese escenario y teniendo en cuenta que Colombia es Estado Parte de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden ignorarse las recomendaciones emitidas por sus órganos, ya que como ha sido establecido por esta corporación, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados, así:

"deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares ”: sentencia T-063/14.

[11] El artículo 20 del Decreto Ley 071 de 2020 dispone: “ Clases de nombramiento. La provisión de empleos en la DIAN se realizará mediante las siguientes clases de nombramiento:

(…) 20.3 Nombramiento provisional. Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito y siempre que no hubiese sido posible el encargo” .

[12] “ Ahora bien, en la jurisprudencia se ha reconocido la posibilidad de realizar nuevos juicios de constitucionalidad en dos eventos: (i) cuando haya operado una modificación en el referente o parámetro de control, (la Constitución Política o el Bloque de Constitucionalidad), bien sea ésta formal (reforma constitucional o inclusión de nuevas normas al Bloque) o en cuanto a su interpretación o entendimiento (Constitución viviente), cuyo efecto sea relevante en la comprensión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que ya fue objeto de control; o (ii) cuando haya operado una modificación relativa al objeto de control, esto es, en el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada, que determine una variación en su comprensión o en sus efectos. En estos casos, en estricto sentido, no se trata de excepcionar la cosa juzgada, sino de reconocer que, en razón de los cambios en algunos de los extremos que la componen, en el caso concreto, no se configura una cosa juzgada que excluya la competencia de la Corte Constitucional para adoptar una decisión de fondo ”: sentencia C-096/17.

[13] Artículo 18 del Decreto Legislativo 2350 de 1944. [14] El artículo 20 del Decreto Legislativo 2350 de 1944 dispuso: “ Los empleados públicos no podrán formar parte de sindicatos que no estén formados exclusivamente por empleados públicos, ni de otras asociaciones profesionales que persigan fines distintos de los simplemente culturales, recreativos, de seguros y auxilio mutuos, o cooperativos. La contravención a este precepto será causal de mala conducta que provocará la pérdida del empleo. Para los empleados públicos no regirá en ningún caso el fuero establecido en el artículo”.

[15] Allí se previó la posibilidad de que el aforado fuera suspendido, con la carga para el empleador de solicitar el levantamiento judicial del fuero sindical en un término no mayor a 48 horas y consignara, a título de caución, el equivalente a quince días de salario del aforado.

[16] “ El derecho de huelga (CP art. 56), junto con el derecho de asociación sindical (CP art. 39), y las diversas formas de negociación colectiva (CP art. 55), constituyen un trípode sobre el cual se edifica el derecho colectivo del trabajo, el cual busca equilibrar las relaciones entre los patrones y los trabajadores (…) la Constitución admite que, dentro de los marcos legales, los trabajadores tienen derecho a utilizar ciertas medidas de presión, como la cesación concertada de trabajo, a fin de proteger sus intereses en los conflictos socioeconómicos. Esta acción colectiva de los trabajadores es legítima debido a la situación de dependencia en que éstos se encuentran frente a los patrones y a la eventual divergencia de intereses de unos y otros (…) Ellos no sólo son derechos y mecanismos legítimos de los trabajadores para la defensa de sus intereses, sino que operan también como instrumentos jurídicos para la realización efectiva de principios y valores consagrados por la Carta, tales como la dignidad de los trabajadores, el trabajo, la igualdad material y la realización de un orden justo (CP Preámbulo y art. 2º) ”: sentencia C-473/94.

[17] Las sentencias T-619/13 y T-057/16 identificaron en la libertad sindical una dimensión individual, una dimensión colectiva y una dimensión instrumental.

[18] “(…) libertad de los trabajadores para fundar y desarrollar sindicatos, esto es, para agruparse en personas jurídicas que, dentro del ámbito señalado por la ley, puedan actuar en su representación para pactar las condiciones de trabajo y, en general, para la defensa colectiva de sus intereses en el marco señalado por la ley ”: sentencia C-240/05 [19] La libertad sindical “(…) sirve de instrumento para alcanzar mejores condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan las organizaciones sindicales.

”: sentencia C-201/02. [20] “ elementos esenciales del derecho de libertad sindical: (i) todo trabajador sin distinción de su origen, sexo, raza, nacionalidad, orientación política, sexual o religiosa entre otras, que se identifique en un grupo con intereses comunes tiene el derecho a asociarse libremente; (ii) la prohibición de intervención estatal se circunscribe a abstenerse de injerir en el ámbito de constitución, organización y funcionamiento interno, los cuales son exclusivos del sindicato, siempre y cuando no transgredan la legalidad ; (iii) la garantía constitucional de libertad de asociación protege a la colectividad por lo que esta prima sobre los derechos subjetivos del trabajador que puedan concurrir o colisionar con

los derechos de la organización; (iv) la disolución o cancelación de la personería jurídica solo puede darse por vía judicial ”: sentencia C-180/16.

[21] “ El derecho de asociación sindical que se traduce en la posibilidad de que tanto trabajadores como empleadores se asocien en defensa de sus intereses, conlleva de suyo su protección. Significa lo anterior, que no es suficiente la consagración de un derecho por parte del Estado, sino que resulta necesario rodearlo de todas las garantías que permitan su correcto ejercicio. Es precisamente lo que el artículo 39 de la Ley Fundamental establece respecto del derecho a constituir sindicatos, al reconocer a los representantes sindicales la garantía del fuero sindical ”:

sentencia C-1119/05. [22] “ El alcance del fuero sindical de que trata el inciso 4 del artículo tercero favorece a los directivos sindicales en sus funciones de dirigencia, en la forma como rige actualmente en el código sustantivo del trabajo. Corresponderá a la ley descender en los detalles operativos en la reglamentación de esta figura capital para las organizaciones de trabajadores ”: Juan Carlos Esguerra, Angelino Garzón, Guillermo Guerrero, Germán Toro Zuluaga y Antonio Yepes Parra, “Ponencia de la comisión quinta sobre derecho del trabajo”, Asamblea Nacional Constituyente 27 de mayo de 1991, p. 6 [23] “ En cuanto a las fuentes internacionales provenientes de la OIT, cabe resaltar en esta oportunidad, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (num. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (num. 98).

Sobre estos dos convenios, la Corte ha considerado que forman parte bloque de constitucionalidad en cuanto se refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo como la libertad sindical y la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva ”: sentencia C-063/08. El reconocimiento de la inclusión de estos convenios en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto se encuentra reiterado en las siguientes sentencias: C-1491/00, C-401/05, C-1188/05, C-063/08, C-465/08, C-466/08, C-617/08, C-695/08, C-696/08, C-349/09, SU-555/14, C-796/14, C-018/15 y C-180/16.

[24] Ello quiere decir que aunque todos los Convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna (artículo 53 de la CP), no todos integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Por ello, “ la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada” : sentencia C-139/18.

[25] “ La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la C.P. los ubica dentro de la legislación interna , es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la C.P. cuando determina que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales ”: sentencia C-1491/00.

Ahora bien, “ Es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido “debidamente ratificados” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad, en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral ”: sentencia C-401/05.

[26] “ (…) el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos

”: sentencia C-381/00 “ En el proceso de fuero sindical además de los derechos colectivos a que se ha hecho alusión, que son primordiales, también se encuentran involucrados derechos subjetivos del trabajador aforado (…) el fuero sindical no surgió históricamente, ni se encuentra establecido por la ley para la protección individual y aislada de un trabajador, sino que se trata de un mecanismo, ahora con rango constitucional para amparar el derecho de asociación, que no es, así entendido, de interés particular sino colectivo” :

sentencia C-240/05. Debido a lo anterior, es posible afirmar que el fuero “ tiene carácter instrumental ”: sentencia C-621/08. [27] El fuero sindical “ Se concreta en la estabilidad laboral reforzada de los representantes, fundadores y otros miembros del Sindicato que desempeñan tareas esenciales dentro de la organización ”: SU-432/15 [28] Se trata de “ una garantía para el trabajador aforado en el sentido de que el ius variandi no pueda ser ejercido por el empleador sin la respectiva autorización judicial ”: sentencia C-201/02.

[29] “La garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos” : sentencia C-381/00 .

“La institución del fuero sindical tiene como fin que los representantes sindicales puedan cumplir cabalmente con sus gestiones ”: sentencia C-201/02.

[30] “ Los sindicatos, en los procesos sobre fuero sindical no son terceros. Tienen en desarrollo de la Constitución Política la calidad de parte en el proceso. Existe para ellos un derecho material que en el proceso respectivo se discute o controvierte para hacerlo efectivo y, en consecuencia, no puede este adelantarse sin darle la oportunidad legal de participar en la controversia. En tal virtud, su vinculación al proceso no es voluntaria, sino forzosa ”: sentencia C-240/05.

[31] La sentencia C-381/00 condicionó la constitucionalidad de la posibilidad de conciliar “ siempre y cuando se entienda que las juntas directivas de los sindicatos pueden participar en los juicios por fuero sindical, ya sea como demandados, o ya sea como actores ”, lo anterior, teniendo en cuenta que “ esa decisión del trabajador aforado, calificada por algunos doctrinantes como una verdadera “venta del fuero sindical”, puede tener efectos graves sobre la asociación sindical, pues la salida del dirigente, o su traslado, puede afectar negativamente el dinamismo de la asociación;

(…) a pesar de que el fuero está establecido por la Carta primariamente en beneficio del sindicato (…)”. En el mismo sentido la sentencia C-240/05 reiteró que: “ Los sindicatos, en los procesos sobre fuero sindical no son terceros. Tienen en desarrollo de la Constitución Política la calidad de parte en el proceso. Existe para ellos un derecho material que en el proceso respectivo se discute o controvierte para hacerlo efectivo y, en consecuencia, no puede este adelantarse sin darle la oportunidad legal de participar en la controversia. En tal virtud, su vinculación al proceso no es voluntaria, sino forzosa ”.

[32] La sentencia C-381/00 resolvió “ 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 1º 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 interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso” .

[33] Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra fuero contiene varias acepciones: “ Del lat. forum 'foro'. 1. m. Jurisdicción, poder. Fuero eclesiástico, secular. ‖ 2. m. En España, norma o código históricos dados a un territorio determinado. Los fueros de Navarra y del País Vasco. ‖ 3. m. Compilación de leyes. Fuero Juzgo.

Fuero Real. ‖ 4. m. Cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una comunidad, a una provincia, a una ciudad o a una persona. U. m.

en pl. ‖5. m. Privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza. U.

m. en pl. Defender los fueros de la poesía, del arte, de la justicia, de la razón. ‖ 6. m. coloq. Arrogancia, presunción. U. m. en pl. ‖ 7. m.

Der. Competencia a la que legalmente están sometidas las partes y que por derecho les corresponde. ‖ 8. m. Der. Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. Fuero parlamentario.

9. m. desus. Lugar o sitio en que se hacía justicia ". [34] "(…) existe un caso donde la valoración de la causa del despido, se produce con anterioridad al mismo: trabajadores amparados con fuero sindical ": sentencia C-710/96 [35] En la actualidad, el término de prescripción de la acción de reintegro es de dos meses, declarado exequible en la sentencia C-381/00. Se trata del mismo término previsto para el empleador, para solicitar el levantamiento del fuero sindical.

[36] " El daño sufrido por el trabajador aforado, provocado por el despido sin justa causa declarada mediante sentencia judicial, debe ser reparado de manera integral, esto es, de acuerdo con lo que se logre probar en cada caso, lo cual incluye, además del pago de los salarios no devengados, con sus reajustes y prestaciones, cualquier otro valor dejado de percibir o pagado por el trabajador, como consecuencia directa del despido injusto. Siendo entendido, además, que la reparación integral incorpora la correspondiente indexación ": sentencia C-201/02.

[37] La competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral respecto del levantamiento del fuero sindical sólo fue excepcionada en el período comprendido entre 1954 (art. 2 del Decreto Legislativo 616 de 1954) y 1957 (art. 1 del Decreto Legislativo 204 de 1957), corto período en el que dicha decisión fue confiada al Ministerio del Trabajo. " la garantía del fuero sindical consiste precisamente en la intervención del juez laboral , en todas las decisiones que afecten a un trabajador que goce de fuero " (negrillas originales): sentencia C-710/96. " El fuero sindical, reconocido expresamente en el artículo 39 de la Constitución, es una garantía necesaria para el cumplimiento de la gestión de los representantes sindicales. Y debe, a la vez, estar judicialmente garantizado, con el fin de evitar que los patronos o el Estado lo desconozcan ": sentencia C-619/97. " La garantía del fuero sindical, esto es el derecho del trabajador sindicalizado que realiza función directiva o que se encuentra investido de la calidad de miembro de la comisión de reclamos correspondiente, a no ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista justa causa comprobada, se le confía por la Constitución a los jueces. Por ello a estos corresponde la calificación respecto de la existencia o inexistencia de justa causa para que pueda un trabajador amparado con el fuero sindical ser privado de este ": sentencia C-240/05.

[38] Es necesario entonces hacer referencia a " la imparcialidad del juez o imparcialidad personal y, por otra parte, a la imparcialidad institucional y del proceso . Esta segunda es la que coincide con la tradicionalmente llamada imparcialidad objetiva y se refiere a los elementos orgánicos y funcionales que puedan afectar la percepción de objetividad que debe ofrecer todo tribunal, respecto de los justiciables. Se parte del supuesto de la necesaria confianza que debe inspirar la justicia en sus usuarios ": sentencia C-205/16.

[39] Una garantía cercana, aunque diferente al fuero sindical, que ampara igualmente la libertad sindical, es el denominado fuero circunstancial, que, de manera transitoria, ampara a los trabajadores sindicalizados, desde la presentación del pliego de peticiones, hasta la solución del conflicto laboral. Se encuentra previsto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 (norma declarada exequible en la sentencia C-201/02), en los siguientes términos:

" Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto ".

Para la jurisprudencia constitucional, “ El desconocimiento del fuero circunstancial da lugar a la ineficacia del despido, el reintegro del trabajador y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el afectado; y supone la obligación del empleador de poner a consideración de la justicia laboral las causas que pretende aducir para la terminación del contrato” : sentencia SU-432/15 .

[40] L a sentencia C-593/93 declaró la inexequibilidad parcial del artículo 426 del Decreto 2663 de 1950, codificado en el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluía el fuero sindical respecto de los empleados públicos y trabajadores oficiales y privados que ocupan puestos de dirección, de confianza o de manejo, por violación del artículo 39 de la Constitución. Consideró la Corte que “ 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."”.

[41] “ la inexistencia de la calificación judicial previa para efectuar su despido o su traslado, era en sí misma una desnaturalización de la figura del fuero sindical, por no decir, su negación ”:

sentencia SU-036/99. [42] La Jurisdicción Ordinaria Laboral “ También conocerá de la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos (…)”. Esta ley fue derogada por la Ley 712 de 2001 la que, no obstante, en su artículo 2 mantuvo dicha competencia, al disponer que la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la seguridad Social conocerá de “ 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral ”.

[43] La constitucionalidad de la Ley aprobatoria del Convenio 151 OIT fue examinada en la sentencia C-377/98, en donde se puso de presente que, antes de este Convenio, “ los empleados del Estado, en el plano de la normatividad expedida por la O.I.T, encuentran parcialmente desprotegidos sus derechos a la asociación sindical y a algunas formas de negociación colectiva, lo cual es grave, sobre todo si se tiene en cuenta la considerable expansión de los servicios prestados por la administración pública en muchos países. En ese orden de ideas, y con el fin de fomentar la existencia de relaciones laborales sanas entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleados públicos, la O.I.T aprobó el convenio bajo revisión, que pretende establecer unas garantías mínimas para la libertad sindical de quienes trabajan para el Estado ”. Dicho instrumento internacional prevé la exclusión del derecho de asociación sindical a los empleados públicos de dirección y confianza, mientras que la Constitución colombiana únicamente excluye a los miembros de la fuerza pública. Frente a tal contradicción, concluyó la Corte que “ las disposiciones del tratado son constitucionales, en el entendido de que consagran un mínimo de garantías para los servidores públicos en relación con el derecho de asociación, las cuales pueden ser desarrolladas de manera más generosa por la legislación nacional, tal y como lo hace la Constitución colombiana en el presente caso ”.

[44] La sentencia C-263/19 se inhibió de proferir una decisión de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 411 del CST, por ineptitud sustantiva de la demanda.

[45] Sentencia C-1119/05. [46] “ Apoyados en el criterio de la Corte Suprema de Justicia, habrá de concluirse que el empleador sólo puede despedir al trabajador cuando la conducta asumida por éste, durante el cese de actividades declarado ilegal, fue activa. El despido estará condicionado al grado de participación o intervención del trabajador en la suspensión de las actividades laborales que ha sido declarada ilegal. De este hecho, nace la exigencia para el empleador de agotar una actuación previa, en donde se permita la participación del trabajador a efectos de garantizar sus derechos, pues de no agotarse éste, se configurará un despido injustificado con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. El no agotamiento de esta etapa previa, constituye una violación de los derechos al debido proceso y defensa del empleado, en razón al carácter sancionatorio que tiene esta clase de despido ”:

sentencia SU-036/99. [47] Sentencia C-262/95. [48] Sentencia SU-377/14. [49] Sentencia C-725/00. [50] La sentencia C-1119/05 concluyó que “ no se contraviene la finalidad misma del fuero sindical ”.

[51] “ Para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón a su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización. Por tanto, cualquier decisión del patrono que modifique las condiciones de su contrato de trabajo, debe ser autorizada por el juez ” (negrillas no originales): sentencia C-710/96.

[52] “ Es claro, para la Corte, que la sola circunstancia de ser empleado público, no es óbice para que una persona goce de fuero sindical. No obstante, la concurrencia de otras circunstancias sí puede inhibir la existencia del fuero. Tal sería: el ser funcionario o empleado que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa. ‖ En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: En principio, el fuero se reconoce a los representantes sindicales, es decir, a quienes de algún modo son voceros naturales de la organización, en defensa de sus intereses.

(…) Ahora bien: los funcionarios o empleados públicos que se encuentran en la circunstancia atrás descrita, encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que en un momento dado, la organización sindical persiga. (Arts. 2°, 123 inciso 2° y 209 de la C.P.) ”: sentencia C-593/93.

[53] “ L os nombramientos en provisionalidad, así sea por un período largo (…) , no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación ”: sentencia C-640/12.

[54] “ Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad ”. [55] “ Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas ”:

artículo 92 de la Constitución. [56] Respecto de la relación entre justa causa y fuero sindical, esta Corte precisó que “ Acorde a lo anterior, se considera que si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, esta no puede ser calificada motu propio por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la desvinculación del servidor público en forma legal; de lo contrario, dicha omisión generaría una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical ”:

sentencia T-1334/01. [57] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 27 de octubre de 2006, rad. 11001-03-06-000-2006-00112-00(1787), Actor: Ministerio de la Protección Social. Este concepto fue objeto de un salvamento de voto, expresado por el consejero Enrique José Arboleda Perdomo, para quien “ (…) cuando un servidor público que goza de fuero sindical es destituido, previo un procedimiento disciplinario, es improcedente el proceso judicial de reintegro ante el Juez Laboral del Circuito, pues este juez no puede anular, invalidar o dar la orden de incumplir un acto administrativo ejecutoriado dado que estas decisiones judiciales son de exclusiva competencia de la jurisdicción contencioso administrativa”.

[58] “ La primera pregunta realizada por el Ministerio de Trabajo está dirigida a establecer si es posible, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, que la administración ejecute una sanción disciplinaria de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación o una Oficina de Control Interno Disciplinario a un servidor público que está amparado por fuero sindical, sin que se sea necesario acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener la correspondiente autorización. ‖ Frente a este interrogante, la Sala considera que la respuesta debe ser negativa. En efecto, como se señaló

anteriormente el fuero sindical constituye una garantía de naturaleza constitucional que, en aras de proteger el derecho de asociación y el ejercicio de la actividad sindical, otorga a quien goza de dicha garantía el derecho de no ser despedido, desmejorado en sus condiciones laborales, o trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, sin que exista justa causa comprobada, la cual debe ser calificada previamente por el juez laboral . (…) No puede olvidarse que el desconocimiento de las prerrogativas que otorga el fuero sindical a quienes de él disfrutan, conlleva una violación de la Constitución Nacional, particularmente de los derechos de asociación sindical, libertad sindical, debido proceso y fuero sindical. En otras palabras, terminar la relación laboral del trabajador amparado por el mencionado fuero sin obtener previamente la correspondiente autorización judicial, implica un desconocimiento de la Carta Política y los derechos mencionados ”: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de octubre de 2013 , rad. 11001 03 06 000 2013 00400 00 (2163). Actor: Ministerio del Trabajo.

[59] “(…) se entiende que, en principio, el despido de servidores públicos con fuero sindical bajo el régimen de carrera administrativa requiere de previa autorización judicial, la cual se profiere al culminar el proceso de levantamiento del mencionado fuero. En el evento en que se desvincule al trabajador aforado sin agotar dicho requisito, el Código Procesal del Trabajo, en el artículo 118, prevé la acción de reintegro, que es un medio judicial que tiene el servidor público para acudir ante el juez laboral con el objeto de obtener la protección de los privilegios derivados del fuero sindical y se caracteriza porque debe ejercitarse dentro de los dos meses siguientes al despido y se tramita mediante un procedimiento breve y sumario ”: Consejo de Estado, secc. 3, sentencia del 21 de marzo de 2002, Radicación número:

52001-23-31-000-2002-0069-01(AC-2621), Giovanny Acosta y otros. ref. AC-0069 (No. Interno 2621). [60] Ministerio del Trabajo en el Concepto 242980 del 17 de diciembre del 2015.

[61] Sentencia SU-036/99. [62] “ Para evitar la arbitrariedad de un lado y, para impedir el abuso de la misma cuando se cometieren faltas graves por los directivos sindicales u otros trabajadores amparados por el fuero, este último puede ser levantado, esto es, deja de tener (eficacia) , previa autorización judicial, es decir, que queda bajo la protección del Estado ”: sentencia C-725/00.

[63] La teoría de las apariencias, como criterio para determinar la imparcialidad, a partir de la confianza que genera el órgano, respecto de las partes, ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, puede consultarse la decisión TEDH, sentencia del 23 de octubre de 1984, Sramek contra Austria , 8790/79, donde se afirmó que “ Para decidir si un tribunal puede ser considerado independiente, como lo exige el artículo 6º, las apariencias pueden también ser importantes ”.

[64] “ Titularidad de la potestad disciplinaria y autonomía de la acción. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria. ‖ Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias (…)”:

artículo 2 del CGD. [65] “ Ejercicio de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces; la Superintendencia de Notariado y Registro; los Personeros Distritales y Municipales; las Oficinas de Control Disciplinario Interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores (…)”: artículo 83 del CGD.

[66] “ Control Disciplinario Interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Secciona les de Disciplina Judicial, o quienes haga sus veces, debe organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya· estructura jerárquica permita preservar la garantía de

la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.

Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias ”: inciso 1 del artículo 93 del CGD.

[67] “ En todo caso la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia ”:

inciso 3 del artículo 93 del CGD. [68] “ 6. Sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, tendrá competencia para adelantar investigaciones a los funcionarios de la administración de tributos, aduanas, control del régimen cambiario de importaciones y exportaciones a cargo de la DIAN, contribuciones parafiscales a cargo de la UGPP y rentas de la Nación a cargo de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, por conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35,42,43,44,45,46,47, 50, 56, 58 Y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002” : numeral 6 del artículo 4 del Decreto Ley 4173 de 2011.

[69] “ 7. Sin perjuicio del control preferente de la Procuraduría General de la Nación, asumir, mediante decisión motivada, la competencia de la Oficina de Control Disciplinario Interno de las entidades de que trata el artículo 2 del presente decreto, por otras conductas y faltas disciplinarias que atenten contra la integridad de la administración de tributos, aduanas, control del régimen cambiario de importaciones y exportaciones a cargo de la DIAN, contribuciones parafiscales a cargo de la UGPP y rentas de la Nación a cargo de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, cuando resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

”: numeral 7 del artículo 4 del Decreto Ley 4173 de 2011. [70] Los numerales 12 y 13 del artículo 3 del Decreto 985 de 2012 “ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales (ITRC) ” asignan al director general de dicha entidad, la decisión de las segundas instancias de procesos disciplinarios fallados en primera instancia por la subdirección de investigaciones disciplinarias de la ITRC.

[71] Al respecto, puede citarse el razonamiento realizado por el Tribunal Superior de Medellín, al resolver una apelación frente a una sentencia de levantamiento de fuero sindical, luego de proferida una sanción disciplinaria de destitución: “ La competencia de la jurisdicción ordinaria laboral no se limita a establecer la existencia del acto administrativo a través del cual se destituye al trabajador, la regulación constitucional y legal consagran una garantía material y no simplemente formal, en protección de los derechos fundamentales de asociación y libertad sindical de los titulares y en defensa de la organización sindical misma, especialmente cuando la potestad disciplinaria es ejercida por el mismo empleador y podría ser utilizada para el desconocimiento de derechos de orden sindical. ‖ Por ello, en criterio de la Sala, la garantía foral permite que la jurisdicción ordinaria laboral valore la conducta del aforado para establecer si es constitutiva de una justa causa de destitución del cargo, con independencia de la revisión de la validez del acto por la jurisdicción contenciosa administrativa” : Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta de Decisión, Sentencia del 4 de abril de 2019, Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD contra Óscar Mendieta Pérez, rad. 05001-31-05-013-2018-00015-01 .

[72] “ La identificación de las materias sobre las que recae la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que justifican, a la vez, su existencia como jurisdicción constitucionalmente especializada, es un ejercicio normativo de orden constitucional y legal, pues aun cuando el Constituyente de 1991 constitucionalizó la existencia de misma, algo ya presente en la Constitución anterior, no otorgó, con rango constitucional, un objeto determinado. El único asunto que se atribuyó en su conjunto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la

suspensión de actos administrativos (artículo 238 de la CP). ‖ Excepto los pocos asuntos en los que el Constituyente atribuyó competencia al Consejo de Estado, máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, la determinación del objeto de esta jurisdicción fue un asunto confiado al legislador.

Sentencia T-686/17. [73] Las inhabilidades, cuando se predican de personas naturales, " afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts.

1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6) ": Corte Constitucional, sentencia C-415/94. El derecho fundamental a la personalidad jurídica únicamente es predicable de las personas naturales: Corte Constitucional, sentencias C-486/93; C-004/98.

[74] Las inhabilidades restringen la capacidad " de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado ": Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

[75] Se trata de "(…) circunstancias que el legislador describe bajo el título de "inhabilidades" " y que impiden, " en general, acometer determinadas conductas jurídicas respecto de entidades estatales ": Corte Constitucional, sentencia C-1016/12. La jurisprudencia ha establecido tres tipos de inhabilidades: (i) las inhabilidades-sanción , impuestas por una autoridad judicial o administrativa fruto de un reproche, (ii) las inhabilidades-requisito , que se refieren a requisitos negativos derivados de circunstancias tales como, por ejemplo, el ejercicio de una función o de un empleo o las relaciones de parentesco (sentencias C-780/01, C-348/04, C-353/09 y C-634/16) y las inhabilidades-consecuencia que prevén como supuesto de hecho, la ocurrencia reprochable de determinados hechos, tales como, por ejemplo, la acumulación de sanciones o de declaratorias de incumplimiento (sentencia C-1016/12).

[76] Cuando se trata de un empleo sometido a sistema de elección, la inhabilidad se denomina también inelegibilidad: Corte Constitucional, sentencia C-1212/01. Ahora bien, " causales de inelegibilidad (…) no obstante que algunas de ellas, en tanto que son sobrevivientes, pueden impedir que se continúe ejerciéndolo ": Corte Constitucional, sentencia C-468/08.

[77] Respecto de las inhabilidades para prestar el servicio público de televisión mediante el contrato de concesión: sentencia C-711/96. En lo relativo a las inhabilidades para el uso del espectro electromagnético: sentencia C-634/16 donde se diferenció la situación analizada en 1996, con la de 2016: " En cambio, en el caso presente la restricción no versa sobre dicho régimen contractual, sino que opera para cualquier modalidad de uso del espectro, las cuales son múltiples en razón de la diversidad de tecnologías que se sirven de dicho uso, como también se explicó en fundamentos jurídicos anteriores" .

[78] " Las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual ": Corte Constitucional, sentencia C-1016/12.

[79] Sentencia C-106/18. [80] El artículo 44 del Código Penal dispone: " LA INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales" . Igualmente, el artículo 52 del mismo Código prevé que " En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51 ".

[81] El artículo 41 del CGD define: " Inhabilidades sobrevinientes. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se

presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta, objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias ". Existen inhabilidades sobrevinientes que corresponden a la segunda hipótesis prevista en la norma anterior, es decir, aquellas que se verifican por la ocurrencia del hecho que las configura y que se encuentran directamente previstas en la Constitución.

Tal es, por ejemplo, el caso de la inhabilidad general y permanente prevista en el artículo 122 de la Constitución según el cual " quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño ".

[82] El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, " Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa ", dispone: " En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio" . Igualmente, existen inhabilidades derivadas del parentesco o del matrimonio o de la unión material de hecho, previstas en el artículo 126 de la Constitución.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar ".

Este segundo inciso fue declarado condicionalmente exequible, en la sentencia C-038/96, " pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto ".

[83] Cf. artículos 38 numeral 4° y parágrafo 1° de la Ley 734 de 2002 CDU y artículo 6 de la Ley 610 de 2000; sentencia C-101/18. Ver, igualmente, el artículo 42.4 y su parágrafo de la Ley 1952 de 2019 CGD.

[84] El artículo 49.2 del CGD dispone: " La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo ".

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.