

TEMA: FUERO SINDICAL- No es necesario el permiso judicial para despedir a un trabajador o empleado sector público, cuando el despido sea para dar cumplimiento a decisión judicial, o decisión administrativa en firme de un órgano de control externo a la entidad en la cual labora el servidor público. /

HECHOS: El INPEC presentó demanda, solicitando se le conceda permiso para hacer efectiva la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez años para ejercer la función pública que le impuso al demandado, conforme a proceso disciplinario. La oficina judicial de primera instancia decidió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado. El problema jurídico se centra en primer lugar, en este aspecto de las pretensiones, pues solo puede prescribir el derecho a accionar, si la concesión del permiso es necesario.

TESIS: (...) En primer lugar, es preciso destacar artículo 2º de la Ley 712 de 2001, le otorga competencia al juez laboral para conocer de las acciones de fuero sindical, sin que importe la naturaleza de la relación laboral, esto es sin que importe si la relación laboral esté determinada por un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria. El Art. 1º del Decreto 204 de 1957, establece que el fuero sindical es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados de sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un Municipio distinto, sin justa causa, precisamente calificada por el Juez de trabajo, lo cual constituye un privilegio o posición especial para el aforado de permanencia y continuidad en las condiciones establecidas en la relación laboral, hasta tanto un juez determine que ha incurrido en justa causa para poder ser despedido, trasladado o desmejorado.(...) respecto el permiso que deba conceder el juez laboral para despedir a un trabajador con fuero sindical, incurrido en faltas disciplinarias, de las que se ha determinado su existencia administrativamente en proceso disciplinario adelantado por la autoridad competente, no encuentra la Sala Ley general que regule la materia, por lo que su juicio, se debe acudir por analogía, a las normas especiales 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”), que reguló este tema para el caso de los empleados o trabajadores de la DIAN, y que fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en Sentencia C-033 de 2021. De esta manera, el Artículo 144 del citado Decreto Ley, establece lo siguiente: “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: (...)144.4 Cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada. 144.5 Por inhabilidad sobreviniente. En la citada Sentencia C-033 de 2021, respecto de las dos causales resaltadas (...), la Corte Constitucional, indicó lo siguiente: (...) 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. (...) 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, 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. 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. (...) 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." (...) En conclusión, conforme la Sentencia antes reseñada, no es necesario el permiso judicial para despedir a un trabajador o empleado sector público, cuando el despido sea para dar cumplimiento a decisión judicial, o decisión administrativa en firme de un órgano de control externo a la entidad en la cual labora el servidor público. (...) En el caso del demandado, como la sanción disciplinaria proviene de la misma entidad en la que labora, es decir de la Oficina de Control Disciplinario Interno del INPEC, se requiere del permiso judicial para despedir al demandado(...)

MP. FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 23/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: FUERO SINDICAL
Demandante: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC
Demandado: CARLOS ANDRÉS MENESES MOYA
Interviniente: ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO – UNIÓN DE TRABAJADORES PENITENCIARIOS UTP
Radicado: 05001-31-05-021-2021-00122-01

En Medellín, hoy veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, procede a decidir el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida, en el proceso **ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL** (Permiso para despedir al trabajador), promovido por el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO** (en adelante INPEC), contra **CARLOS ANDRÉS MENESES MOYA**.

Al presente proceso, fue vinculada la organización sindical **ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO – UNIÓN DE TRABAJADORES PENITENCIARIOS- UTP**.

El magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto, y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES:

El INPEC presentó demanda, solicitando se le conceda permiso para hacer efectiva la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez años para ejercer

la función pública que le impuso al demandado señor CARLOS ANDRÉS MENESES MOYA, conforme al proceso disciplinario radicado No. 074-2014.

La entidad demandante, narra como fundamentos de hecho, que el señor CARLOS ANDRÉS MENESES MOYA se encuentra vinculado al INPEC en el cargo de dragoneante, desde el 16 de febrero de 2011, y desde el 8 de abril del 2015 se encuentra adscrito al Complejo Penitenciario y Carcelario de Medellín “El Pedregal”, ubicado en kilómetro 6 vía al mar, Finca la Teresita, Corregimiento San Cristóbal-Medellín Antioquia.

Relata que por decisión de algunos funcionarios INPEC, se constituyó la organización sindical denominada SINDICATO DE ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO – UNIÓN DE TRABAJADORES PENITENCIARIOS – UTP, de la que el demandado funge como tercer suplente de la junta directiva de la subdirectiva SECCIONAL MEDELLÍN, conforme la constancia de registro modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical No. 15 del 22 de febrero de 2016, y por ello cuenta con fuero sindical.

Relata que, a raíz de una denuncia de un interno sobre extorsiones y agresiones por parte de algunos privados de la libertad y funcionarios del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, se inició investigación disciplinaria con radicado No. 074-2014, en contra de varios funcionarios, entre ellos el demandado.

Anota que mediante Resolución No. 1086 del 22 de julio de 2019 se declaró probados y no desvirtuados los cargos formulados al demandado, sancionándolo con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer la función pública, decisión notificada personalmente el 24 de julio de 2019 al funcionario, quien interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución 4710 del 19 de octubre 2019¹, notificada el 26 de noviembre de 2020, confirmándose lo decidido.

Indica que el 10 de febrero de 2021 se expidió la Resolución No 726 por medio de la cual se hace efectiva la sanción disciplinaria, ordenando dar cumplimiento al fallo disciplinario, supeditando la ejecución a adelantar el proceso de levantamiento de

¹ El año correcto de esta resolución es 2020.

fuero sindical ante la jurisdicción laboral, resolución que fue notificada al demandado el 11 de febrero de 2021.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA:

El accionado dio contestación al libelo, oponiéndose a la prosperidad de las peticiones, formulando la excepción de NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL INVOCADA, indicando que la entidad demandante cita el artículo 410 del CST como justa causa para el despido, de las cuales ninguna se configuró para el demandado, así mismo sustenta la causa de índole legal en el artículo 62 y 63 del código del trabajo, en especial las del artículo 62 literal a) numeral 6 la cual tampoco aplica dado que para el servidor público rige es la ley disciplinaria, Ley 734 de 2002 artículo 48 parágrafo 4 literal d), que tampoco estructura dicha causal que genere la causa legal del levantamiento del fuero sindical.

También se propuso como previa la excepción de PRESCRIPCIÓN, pero que se decidió en precedencia que fuera resuelta como de fondo, argumentando que la decisión disciplinaria de segunda instancia se adoptó mediante resolución 4710 del 19 de octubre de 2020 notificada el 26 de noviembre de 2020, fecha desde la cual empezó a correr el término de prescripción.

Refiere que la demanda fue interpuesta el 19 de marzo de 2021, superando ampliamente el termino de prescripción contemplado en el artículo 118 A del CPT y la SS modificado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001 el cual fijó un plazo de dos (2) meses para el empleador, desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca para iniciar la demanda de levantamiento de fuero sindical y permiso para despedir.

3. DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia decidió declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado, y condenó en costas a la parte demandante, fijando por agencias en derecho 2 SMLMV.

Para decidir la referida excepción, argumentó el juez que, conforme lo dispuesto en el artículo 118A del CPT, las acciones que emanan del fuero sindical, prescriben en dos meses, los cuales, para el empleador, se cuentan desde la fecha que tuvo

conocimiento del hecho que se invoca como justa causa, o, desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente.

Indica que, en el caso, el término de prescripción se debe contabilizar desde el momento en que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Superior de Medellín Sala Quinta de Decisión Laboral en sentencia reciente, donde también está involucrada la aquí demandante, conocida por el juzgado primero radicado 2017-1159, del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bello, donde claramente se estableció, que la prescripción se contabiliza desde el momento en que el INPEC, tuvo conocimiento de la existencia de una justa causa para terminar la relación laboral, que en este caso, es desde que alcanzó ejecutoria la decisión en la que se declaró probado y no desvirtuado el cargo disciplinario formulado al demandado, y se le impuso sanción de destitución y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de la función pública, por lo que en este caso la sanción se impuso mediante la resolución 1086 del 22 de julio de 2019, contra la cual, el demandado interpuso recurso de apelación, resuelto mediante la resolución 4710 del 19 de octubre de 2020 en la que confirma la decisión, fecha esta en la que el INPEC tuvo certeza sobre la sanción impuesta, y que si bien fue notificada al demandado el 26 de noviembre de 2020, la ejecutoria, firmeza y certeza de la sanción es desde el 19 de octubre de 2020.

Refiere que de aceptase la tesis de la apoderada de la entidad demandante, que el término de la prescripción se cuenta desde que la entidad emita el acto administrativo que da cumplimiento a la sanción, es decir en este caso la Resolución No 726, del 10 de febrero de 2021 por medio de la cual se hace efectiva la sanción disciplinaria, ordenando dar cumplimiento al fallo disciplinario, ello conllevaría a que, quedaría al arbitrio y capricho del empleador el inicio del término para contabilizar el inicio de la prescripción de la acción de levantamiento de fuero sindical.

Resaltó el juez, que, en este caso, el demandado no adquiere el fuero sindical con posteridad a la imposición de la sanción disciplinaria, sino que gozaba de él desde febrero de 2016 por lo que el fuero no fue adquirido para eludir la aplicación de la sanción disciplinaria.

Indicó que incluso si se contara la prescripción no desde el 19 de octubre de 2020 que se emitió la resolución 4710 del 19 de octubre de 2020 en la que confirma la sanción disciplinaria, sino desde el 26 de noviembre de 2020, que fue notificado al demandado tal resolución que resolvía la apelación, descontada la vacancia judicial, desde el 19

de diciembre de 2020, al 11 de enero de 2021, los dos meses se cumplieron el 19 de febrero de 2021, y la demanda se presentó el 19 de marzo de 2021.

4. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la entidad demandante apela la sentencia, argumentando que considera que hay un grave error en la interpretación del Art. 118A del CPT y la SS, pues conforme a esta norma legal, establece que la prescripción se cuenta desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, aplicado al caso, significa que si bien el fallo disciplinario se produjo el 19 de octubre de 2019, adicionalmente, se debía realizar otros trámites, como lo es solicitar el permiso al juez laboral para efectuar el despido, por lo que el agotamiento del procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, incluye los actos administrativos que se deban expedir para el cumplimiento de la sanción, como en este caso, que se expidió la resolución 726 del 10 de febrero de 2021, para solicitar al juez laboral el levantamiento de fuero sindical.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia del proceso de fuero sindical, conforme a lo dispuesto en el Art. 117 del CST, modificada por el Art. 47 de la Ley 712 de 2001, se pasa a resolver, previas las siguientes.

5. CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio del recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

Antes de continuar, es bueno indicar que si bien el juez de instancia declaró prospera la excepción de prescripción, no decidió si era sustancialmente necesario conceder el permiso para despedir al demandado, por lo que lo primero que se estudiará en esta instancia, es este aspecto de las pretensiones, pues solo puede prescribir el derecho a accionar, si la concesión del permiso es necesario.

En primer lugar, es preciso destacar artículo 2º de la Ley 712 de 2001, le otorga competencia al juez laboral para conocer de las acciones de fuero sindical, sin que importe la naturaleza de la relación laboral, esto es sin que interese si la relación laboral esté determinada por un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria. La norma en mención dispone:

“Art. 2. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

“1. (...)

“2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral ...”

El Art. 1º del Decreto 204 de 1957, establece que el fuero sindical es la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados de sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un Municipio distinto, sin justa causa, precisamente calificada por el Juez de trabajo, lo cual constituye un privilegio o posición especial para el aforado de permanencia y continuidad en las condiciones establecidas en la relación laboral, hasta tanto un juez determine que ha incurrido en justa causa para poder ser despedido, trasladado o desmejorado.

En esta instancia del proceso, no se discute la calidad de aforado sindical del demandado por ostentar el cargo de tercer suplente de la junta directiva de la subdirectiva SECCIONAL MEDELLÍN de la ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO – UNIÓN DE TRABAJADORES PENITENCIARIOS- UTP, lo que además se encuentra probado con la constancia de depósito de la modificación de la junta directiva obrante a folios 114 y 15 del archivo de expediente digital denominado “03AnexosFuero.pdf”

Por otro lado, se halla acreditado que, al demandado, mediante la Resolución 1086 del 22 de julio de 2019, se le sancionó disciplinariamente con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de diez (10) años (folios 706 a 736 archivo “03AnexosFuero.pdf”), contra la cual, el demandado interpuso recurso de apelación, resuelto mediante la Resolución 4710 del 19 de octubre de 2020 en la que confirma la sanción, (folios 808 a 829 archivo 03AnexosFuero.pdf), notificada el 26 de noviembre de 2020 (folio 831 archivo 03AnexosFuero).

También obra en el plenario, la Resolución No 726 del 10 de febrero de 2021 por medio de la cual la entidad accionante, se hace efectiva en contra del actor, la sanción disciplinaria, impuesta.

Igualmente se observa que la demanda de este proceso fue presentada el 19 de marzo de 2021 conforme el acta de reparto (archivo 01ActaReparto).

Así entonces, respecto el permiso que deba conceder el juez laboral para despedir a un trabajador con fuero sindical, incurso en faltas disciplinarias, de las que se ha determinado su existencia administrativamente en proceso disciplinario adelantado por la autoridad competente, no encuentra la Sala la Ley general que regule la materia, por lo que su juicio, se debe acudir por analogía, a las normas especiales 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”*.), que reguló este tema para el caso de los empleados o trabajadores de la DIAN, y que fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en Sentencia C-033 de 2021.

De esta manera, el Artículo 144 del citado Decreto Ley, establece lo siguiente:

“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).

En la citada Sentencia C-033 de 2021, respecto de las dos causales resaltadas con negrilla, la Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

A. “EL FUERO SINDICAL FRENTE A LA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA

1. 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 123² 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)³. 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).

2. 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 sindical⁴. 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.

3. 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.

4. 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”.

5. 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

² “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”.

³ “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.

⁴ 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 proprio 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.

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 la 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”⁵. Tal posición fue reiterada, al responder una consulta similar, elevada por el Ministerio del Trabajo⁶. Esta posición fue replicada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, al resolver acciones de tutela⁷.

⁵ 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”.

⁶ “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 disfrutaban, 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.

⁷ “(...) 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

6. Igualmente, el Ministerio del Trabajo ha conceptualizado 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 (...)*"⁸.

7. 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)⁹.*

8. 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

de marzo de 2002, Radicación número: 52001-23-31-000-2002-0069-01(AC-2621), Giovanni Acosta y otros. ref. AC-0069 (No. Interno 2621).

⁸ Ministerio del Trabajo en el Concepto 242980 del 17 de diciembre del 2015.

⁹ Sentencia SU-036/99.

correspondientes consecuencias¹⁰. Una conclusión distinta sería inconstitucional, desde distintos puntos de vista.

9. 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.

10. 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 apariencias¹¹, 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.

11. 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

¹⁰ “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.

¹¹ 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”.

que labora el servidor público aforado (artículos 2¹², 83¹³ y 93¹⁴ 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 CGD¹⁵). 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.

12. 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 gravísimas¹⁶ e, incluso, para que, respecto de las otras faltas, pueda eventualmente desplazar la competencia de la oficina de control interno disciplinario¹⁷. 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

¹² “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.

¹³ “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.

¹⁴ “Control Disciplinario Interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales 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.

¹⁵ “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.

¹⁶ “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.

¹⁷ “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.

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 instancia¹⁸ por este órgano que comparte la misma adscripción de la DIAN.

13. 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.

14. 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 disciplinario¹⁹, 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 Legislador²⁰. 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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ “*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.

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.

B. EL FUERO SINDICAL FRENTE AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES

15. De acuerdo con la sentencia C-106 de 2018 “*las inhabilidades son restricciones a la capacidad de las personas²¹, para entablar relaciones jurídicas con el Estado²², que resultan de condenas, sanciones o de situaciones que el ordenamiento ha calificado jurídicamente²³, para efectos de (i) impedir el acceso o la continuación en el desempeño de funciones públicas, como servidor público²⁴ o como particular que ejerce dichas funciones, (ii) para prestar servicios públicos²⁵ o (iii) para la celebración de contratos con el Estado²⁶” (negritas originales)²⁷.*

16. Como concreción del principio de juridicidad que rige el ejercicio de las funciones públicas en el Estado de Derecho, dichas restricciones son establecidas

²¹ Las inhabilidades, cuando se predicen 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.

²² Las inhabilidades restringen la capacidad “*de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado*”: Corte Constitucional, sentencia C-353/09.

²³ 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).

²⁴ 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.

²⁵ 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*”.

²⁶ “*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.

²⁷ Sentencia C-106/18.

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.

17. 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 públicas²⁸. Estas últimas se denominan *inhabilidades sanción*.

18. 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 inhabilita²⁹. 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 continuación³⁰.

²⁸ 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”.

²⁹ 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”.

³⁰ 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

19. 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 fiscal³¹ - *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.

20. 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.

21. 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:

22. 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.

23. 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 conexas 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.

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*".

³¹ 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.

24. 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*³², 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.

25. 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.

26. 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	<u>Adoptada por la Procuraduría General de la Nación.</u> Es una decisión, pero no proviene del empleador, sino de una autoridad independiente.	No vulnera el artículo 39 de la Constitución.
		<u>Adoptada por la oficina de control interno de una entidad pública diferente a aquella para la que presta sus servicios el aforado,</u> por faltas disciplinarias cometidas cuando trabajaba para tal entidad.	No vulnera el artículo 39 de la Constitución.

³² 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”.

TIPO DE INHABILIDAD SOBREVINIENTE	SUBTIPO	RELACIÓN CON EL FUERO SINDICAL	CONSECUENCIA
		Es una decisión que no proviene del empleador. <u>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.</u> 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.
		<u>Adoptada por la ITRC.</u> 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.

27. 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	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.

Argumentos de la demanda y de los intervinientes	Consideraciones de la Corte
desconocía el artículo 39 de la Constitución.	
<p>(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.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>
<p>(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.</p>	<p>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.</p>

28. 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.”

En conclusión, conforme la Sentencia antes reseñada, no es necesario el permiso judicial para despedir a un trabajador o empleado sector público, cuando el despido sea para dar cumplimiento a decisión judicial, o decisión administrativa en firme de un órgano de control externo a la entidad en al cual labora el servidor público,

En el caso del demandado, como la sanción disciplinaria proviene de la misma entidad en la que labora, es decir de la Oficina de Control Disciplinario Interno del INPEC, se requiere del permiso judicial para despedir al demandado, por lo que, en principio se haría necesario estudiar de fondo la legalidad del proceso disciplinario que condujo a la decisión de su destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer la función pública.

No obstante, por economía procesal, se estudiará la ocurrencia o no de la prescripción de la acción para demandar el levantamiento del fuero sindical, y solo si se halla que la acción no está prescrita, se procederá al estudio de fondo de la legalidad del proceso disciplinario que condujo a la decisión de su destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años para ejercer la función pública en contra del accionado.

Para decidir sobre la excepción de prescripción de la acción, es menester indicar, que, el Art. 118A del Código Procesal del Trabajo y la seguridad Social, establece lo siguiente:

“ART. 118A.—Adicionado. L. 712/2001, art. 49. Prescripción. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.

Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.

Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término de dos (2) meses.”

Coinciden las partes, lo mismo que la Sala, que el término de prescripción de la acción del levantamiento judicial del fuero sindical en este caso, se contabiliza desde que culminó el procedimiento que conllevó a la imposición de la sanción disciplinaria al accionado, sin embargo, considera la parte accionada y el juez, que el término de los dos meses se contabiliza desde que quedó en firme la imposición de la sanción disciplinaria, lo que ocurre una vez se profirió en este caso, la Resolución 4710 del 19 de octubre de 2020, que confirmó la resolución de primera instancia que impuso la referida sanción, mientras que la parte accionante, considera que el procedimiento se extiende hasta que se emitió en este caso, la Resolución No 726, del 10 de febrero de 2021 por medio de la cual la entidad accionante, hace efectiva en contra del accionado, la sanción disciplinaria, impuesta.

A juicio de la Sala, está la razón del lado de la parte accionada, en cuanto que el término de prescripción de la acción, se debe contabilizar desde que queda en firme

la sanción disciplinaria impuesta al accionado, pues no se encuentra ninguna razón plausible para extender más allá de este acto el inicio de la contabilización del término de prescripción, toda vez que desde que queda en firme la sanción disciplinaria, se tiene certeza de la existencia de la causal para demandar la licencia judicial para el despido del trabajador aforado.

Y es que la Sala, comparte el criterio del *a quo*, que iniciar la contabilización del término de prescripción, desde que el empleador, emite un nuevo acto administrativo disponiendo ejecutar la sanción disciplinaria, después de ejecutoriado el acto que impone la sanción disciplinaria, implicaría que el inicio del término de prescripción quedara sujeto a la sola voluntad o si se quiere el capricho del empleador, el que podría emitir el acto de cumplimiento de la sanción en cualquier tiempo, lo que no puede ser jurídicamente admisible.

Es relevante que en este caso el INPEC, al resolver el recurso de apelación, tenía pleno conocimiento del fuero sindical del que gozaba el accionado, pues en el escrito mediante el cual el demandado interpone el referido recurso, (folios 1097 a 1113 del archivo "03AnexosFuero.pdf"), opone a la decisión de sancionarlo, su calidad de aforado sindical, por lo que una vez se decide este recurso o se notifica su decisión al demandado, asunto al que más adelante se hará referencia, tenía un término máximo de dos meses, para realizar cualquier otra actuación que considera necesaria, y demandar dentro de tal plazo, la licencia judicial para despedir al demandado.

Conforme lo anterior, el hecho de la expedición de la Resolución 726 del 10 de febrero de 2021, mediante la cual el INPEC hace efectiva la sanción disciplinaria supeditando, dicha ejecución, a adelantarse el proceso de levantamiento de fuero sindical ante la jurisdicción laboral, no tiene ninguna incidencia, en el inicio de contabilización del término de prescripción.

Así entonces, como el INPEC, a través de la Resolución 4710 del 19 de octubre de 2020, resolvió el recurso de apelación con la que confirmó lo decidido en primera instancia sobre la imposición de las sanciones disciplinarias (folios 808 a 829 archivo 03AnexosFuero), la cual fue notificada el 26 de noviembre de 2020 (folio 831 archivo 03AnexosFuero), es desde estas actuaciones que se debe contabilizar el término de prescripción.

Ahora, aunque se podría presentarse discusión, si para la validez o eficacia de la Resolución 4710 del 19 de octubre de 2020, que resolvió el recurso de apelación con

la que se confirmó lo decidido en primera instancia, sobre la imposición de las sanciones disciplinarias, era necesario la notificación al demandado, lo que ocurrió el 26 de noviembre de 2020 (folio 831 archivo 03AnexosFuero), la Sala no se abordará esta controversia pues resulta inane en este caso, en razón a que si se tomara como partida inicial de contabilización del término de prescripción, el de la notificación antes referida, los dos meses de que trata el Art. 118A del CPT y la SS, se encontraban evidentemente vencidos a la fecha de presentación de la demanda, pues la misma fue incoada el 19 de marzo de 2021 conforme el acta de reparto (archivo 01ActaReparto).

Por las razones fácticas, legales, jurisprudenciales y probatorias, anteriormente expuestas, se confirmará la sentencia de primera instancia, que declaró próspera la excepción de prescripción de la acción para demandar el permiso para despedir al demandado, pero con las adiciones considerativas realizadas en esta instancia.

Costas en esta instancia, a favor del demandado y a cargo de la entidad demandante. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de enero de 2024, proferida en el presente proceso ESPECIAL DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL, promovido por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, contra CARLOS ANDRÉS MENESES MOYA, pero con las adiciones considerativas realizadas en esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a favor del demandado y a cargo de la entidad demandante. Las agencias en derecho las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

La anterior decisión, se notifica a las partes por EDICTO.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b617c99a27bf9020ae8303cc2dacao369c680070cb6310fc7ef8cbde66a935cf**

Documento generado en 23/02/2024 04:02:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>