



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

OJ- _____ - 10

Bogotá, D.C.,

Doctor
CARLOS OSSA ESCOBAR
Rector
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre traslado de un funcionario con fuero sindical.

Respetado Doctor Ossa.

Teniendo en cuenta que mediante oficio 000184 del 1 de Febrero de 2010, se remitió a esta Oficina copia del escrito de fecha 29 de enero del presente año, en el que la funcionaria CLEMENCIA ARDILA ARIZA, manifiesta que la Decana de la Facultad de Ingeniería ha solicitado su traslado pese a que cuenta con fuero sindical por pertenecer a la Junta Directiva del sindicato ASEPAD – UD, por lo cual requeriría previa calificación de justa causa del mencionado traslado por parte del juez laboral, me permito hacer las siguientes consideraciones, sin perjuicio de lo que otras dependencias conceptúen sobre el particular:

1. Del fuero sindical.

El artículo 39 de la Constitución Política, establece lo siguiente:

“Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

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

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

A su vez, el Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical, así:

*“ARTICULO 405. DEFINICIÓN. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> Se denomina "fuero sindical" **la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto**, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.”*

Y en cuanto a los trabajadores que tienen derecho al fuero sindical, dispone:

“ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores.

PARÁGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARÁGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.”

Ahora bien, sobre los miembros de las juntas directivas de los sindicatos que pueden estar aforados, señaló:



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

“ARTICULO 407. MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA AMPARADOS.

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

En cuanto a la posibilidad que los servidores públicos tengan las mismas prerrogativas consagradas en esta materia en el Código Sustantivo del Trabajo, la Corte ha señalado¹:

“El Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlas del derecho al fuero sindical. 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.*”

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”(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otra parte, sobre el fuero sindical, la Corte Constitucional ha expresado:

“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 con rango constitucional para amparar el derecho de asociación, que no es, así entendido, de interés particular sino colectivo. La actuación de los sindicatos, exige protección a los trabajadores para la efectividad del derecho de asociación sindical. Por ello, en el Derecho Colectivo del Trabajo, se prevé la existencia de distintas maneras de llevar a efecto tal protección, siempre garantizando a los trabajadores la estabilidad laboral, esto es la conservación y mantenimiento de su puesto de trabajo, sin variación de las condiciones o del sitio o lugar en que este se realiza. Así, surgieron en el Derecho Colectivo del Trabajo el fuero para los fundadores de la asociación sindical, el fuero para los directivos de la misma y para los miembros de las comisiones de reclamos, y el fuero circunstancial en los casos de conflicto colectivo del trabajo, este último a partir de la presentación del pliego de peticiones por la respectiva asociación sindical y hasta la solución de ese

¹ Sentencia No. C-593/93



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

conflicto, ya sea por la suscripción de la convención colectiva o por el pronunciamiento del fallo arbitral en los casos previstos por el legislador”²

En consecuencia, de manera general, este es el marco jurídico que regula el tema del fuero sindical.

2. De la figura del traslado, en especial de funcionarios aforados.

El primer referente que se encuentra sobre el tema es el Decreto 1950 de 1973, que dispone:

*“Artículo 29. Se produce traslado cuando **se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares. También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.** Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto. Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.*

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Decreto.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha expresado:

*“Expresa el Tribunal que **cuando el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 prescribe que los traslados no pueden implicar condiciones menos favorables, se refiere a condiciones objetivas tales como la categoría del cargo y la remuneración, pero no a condiciones subjetivas como problemas de instalación, costo de vida y adaptación del empleado al lugar, entre otras...** Como la demanda, el fallo y el recurso de impugnación, se circunscriben al alcance del artículo 30 del decreto 1950 de 1973 en lo que se refiere a que la administración puede efectuar el traslado de un empleado por necesidades del servicio, “siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado”, y a juicio del tribunal esas condiciones de favorabilidad las cumple la administración respetando el cargo, el nivel jerárquico, y el grado salarial como condiciones objetivas, sin tener en cuenta los aspectos subjetivos que pueda sufrir el empleado con ocasión del traslado, es esta la oportunidad para examinar dicha figura jurídica desde el punto de los funcionarios inscritos en carrera administrativa.”³*

² Sentencia 240 de 2005 Corte Constitucional

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 30 de octubre de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Diego Younes Moreno



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

De otro lado, la normatividad interna de la Universidad, también regula el tema; es así como en el Acuerdo 011 de 1998 (Reglamento de Personal Administrativo de los Empleados Públicos de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas) se expresa sobre el traslado, lo siguiente:

“Artículo 91. El movimiento de personal en servicio puede hacerse por:

- Encargo
- **Traslado**
- Ascenso

(...)

Artículo 99. El traslado se produce cuando un cargo definitivamente vacante se provee con un empleado que desempeñe el mismo cargo en otra dependencia.

También se configuran traslados cuando se hacen permutas entre funcionarios que desempeñen cargos afines, remunerados con salarios similares y a los cuales se les exijan requisitos mínimos semejantes para su desempeño.

Artículo 100. Se podrá efectuar el traslado por necesidades del servicio, siempre y cuando ello no implique condiciones menos favorables para los empleados.

También podrá ordenarse el traslado cuando el funcionario eleva la respectiva solicitud, en cuyo caso, la administración verificará que el movimiento sea posible y no cause perjuicio en la prestación del servicio.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Se evidencia que lo dispuesto en el Reglamento de Personal de la Universidad guarda estrecha coherencia con lo expresado en el Decreto 1950 de 1973.

Además, es claro que las razones que deben tenerse en cuenta para determinar si es viable un traslado o no son de carácter objetivo mas no subjetivo, como lo señaló la Corte Constitucional, así mismo, las razones de necesidad del servicio justifican los traslados.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de trasladar a un funcionario aforado, se recuerda que el artículo 405 del C.S.T., dispone que para efectuar tal acción, es necesario contar previamente con la calificación de justa causa por parte del juez laboral, luego, sin dicha autorización no es viable tal movimiento en este tipo de servidores.

3. Del caso concreto

En el caso concreto se analiza si para trasladar a una funcionaria aforada se requiere previamente calificación de justa causa por parte del juez laboral y si efectivamente se está intentando realizar un traslado u otra figura jurídica.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia relacionada con anterioridad, surge con claridad meridiana que la Constitución y la Ley han querido proteger el derecho de asociación de tal forma que algunos trabajadores sindicalizados gozan de una medida especial, denominada fuero, que les permite ejercer sus actividades sindicales de manera libre y cómoda, sin correr el riesgo de ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones laborales sin que medie previamente pronunciamiento judicial sobre la justificación de la causa.

Como lo ha expresado la doctrina y la jurisprudencia, en el caso del traslado se debe analizar si tal hecho perturba el ejercicio libre y cómodo del derecho de asociación y la participación del trabajador en las actividades sindicales, sin embargo, esta es una materia que debe ser analizada por el juez.

Ahora bien, tanto el Decreto 1950 de 1973 como el Acuerdo 011 de 1988 coinciden en definir el traslado como el movimiento de personal en el que un funcionario es remitido para proveer un cargo vacante definitivamente o cambia con otro funcionario su cargo por el de aquel, siempre existiendo afinidad entre las funciones, remuneración y requisitos para el ejercicio de los dos cargos.

En el caso sometido a examen se tiene que la Decanatura de la Facultad de Ingeniería, le comunica a la funcionaria CLEMENCIA ARDILA ARIZA mediante oficio del 6 de enero de 2010 que: “se ha determinado que es indispensable trasladarla a Usted de la Oficina de Pasantías a la Coordinación del Proyecto Curricular de Ingeniería Electrónica”, (subrayado y negrilla fuera de texto); posteriormente, y ante la manifestación de dicha funcionaria de su condición de aforada, la Decanatura aclara, por medio del oficio de fecha 25 de enero de 2010, que la acción a seguir con esta servidora no es traslado sino reubicación.

En efecto, la Decanatura, sin citar la fuente, sustenta su posición en lo expresado por la Oficina Asesora Jurídica del antiguo Departamento Administrativo de Bienestar Social, hoy Secretaría Distrital de Integración Social, mediante concepto 31340 de 2005, que indicó:

“La norma transcrita muestra que la simple reubicación de una dependencia a otra, no corresponde a la definición de traslado, pues esta figura constituye una forma de provisión de empleos, que implica la existencia de un cargo vacante que será ocupado por una persona que viene desempeñando un cargo afín o similar. Esta noción del traslado como forma de provisión de empleos, es conservada en las disposiciones sobre carrera administrativa contempladas en el Decreto 1227 de 2005, que reglamenta la Ley 909 de 2005.

Tratándose de una entidad que cuenta con planta global, como lo es el DABS, el movimiento de un servidor público a otra dependencia no constituye un traslado, por cuanto bajo esta forma de organización, las funciones y los requisitos se determinan para cada denominación y grado de acuerdo con las dependencias y/o áreas de trabajo en las cuales puedan ser ubicados los empleos y no al nivel del cargo dentro de cada unidad o dependencia, lo cual significa que la reubicación de un funcionario dentro



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

de una nueva dependencia no implica que se pase a desempeñar las funciones de otro empleo.

Bajo este entendido, en el presente caso no existe un traslado en los términos de la normatividad referida, sino una reubicación de un funcionario de planta global.

Entonces, resulta claro que el fin del fuero sindical es evitar que los empleados recurran a traslados o despidos para evitar la buena marcha de los sindicatos, pero no está destinado a garantizar la estabilidad laboral ni ha evitar el ejercicio de las legítimas facultades del empleador en relación con la organización del servicio.

*En este orden de ideas, **la reubicación como medida administrativa adoptada por razones del buen servicio, no constituye traslado, ni desmejoramiento alguno en las condiciones de trabajo ni afecta tampoco la libertad de asociación sindical o el ejercicio de los derechos derivados de la afiliación a un sindicato.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Nótese que en dicho concepto se diferencia el traslado de la figura de la reubicación, sin embargo, esta Oficina se aparta de dicho concepto toda vez que no encuentra sustento normativo que regule la figura de la reubicación como si sucede con el traslado, que no sólo está definido en el Decreto 1950 de 1973 sino en el Acuerdo 011 de 1988 concretándolo claramente como **un movimiento de personal en servicio**, luego si el empleador pretende efectuar alguna modificación en relación con un servidor determinado, sólo podrá hacer lo que le esté permitido en la ley o los reglamentos, de tal manera que si la reubicación no existe como movimiento de personal, no podrá invocarla.

En gracia de discusión, si la reubicación existiera, sería bastante difícil diferenciar su esencia de la del traslado, dando como resultado, probablemente, la utilización de una figura artificiosa o de un eufemismo para ocultar un verdadero traslado con el nombre de una reubicación.

En este punto es importante recordar que en el derecho laboral existe un principio denominado *la primacía de la realidad sobre las formas*, en donde lo que tiene preferencia es el contenido real de la relación laboral y no el formalismo o denominación que se utilice para identificar dicha situación.

En efecto, a manera de ejemplo, dicho principio se aplica usualmente cuando el empleador utiliza la denominación de contrato de prestación de servicios cuando en la realidad se logra demostrar que existe una verdadera relación laboral. Igual sucedería con la reubicación cuando en realidad lo que existe es un traslado.

En este orden de ideas, esta Oficina considera que la figura de la reubicación, como un movimiento de personal, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano ni el Reglamento de Personal Administrativo de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por lo que no estima viable su aplicación.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**

De la misma forma, manifiesta su posición en cuanto a la necesidad de ofrecer todas las garantías consagradas constitucional, legal y reglamentariamente al pleno ejercicio del derecho de asociación y a atender el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, eliminando la utilización de figuras que en realidad configuran otro tipo de situación y pueden, eventualmente, menoscabar el ejercicio de estos derechos.

Por lo anterior, siempre que se pretenda el traslado de un funcionario aforado, será requisito indispensable, obtener previamente la justificación de la causa de dicho traslado por parte del juez laboral.

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE

Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. HARVEY ZAMBRANO TORRES – Vicerrector Administrativo y Financiero
JORGE ENRIQUE VERGARA VERGARA – Jefe División de Recursos Humanos

Elaboró: Omar Barón. Abogado Oficina Asesora Jurídica

