

FUERO SINDICAL - Definición / FUERO SINDICAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS - Se exceptúa a aquellos servidores que ejerzan cargos de representación del Estado / FUERO SINDICAL - La ley determina cuales representantes sindicales son cobijados por el fuero / FUERO SINDICAL - Se reconoce a los representantes sindicales sin hacer distinciones entre sindicatos del sector privado y del sector público

El artículo 38 de la Constitución Política reconoció el derecho fundamental de libre asociación y complementario a éste, consagró en el artículo 39 ese derecho referido al plano laboral, para establecer tanto el derecho de sindicalización de los trabajadores como el de asociación patronal de los empleadores. El fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales sin hacer distinciones entre sindicatos del sector privado y del sector público, con lo cual se otorga también a los de éste. Por esa razón la Corte Constitucional, en la sentencia C-593/93, declaró la inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto exceptuaba del fuero sindical a los empleados públicos. El fuero sindical es definido por el artículo 405 de dicho código en los siguientes términos: Definición.- 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". Según se desprende de esta norma, el fuero sindical ampara al trabajador en las situaciones allí descritas, imponiendo al empleador las prohibiciones de despedirlo, desmejorarlo en sus condiciones de trabajo o trasladarlo, hasta tanto haya demostrado ante el juez laboral una justa causa y obtenido su autorización. Para efectos de la consulta es importante señalar que el parágrafo del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, reconoce el fuero a los servidores públicos, con excepción de aquellos que ejerzan cargos de representación del Estado. Sin embargo, como las directivas sindicales pueden derivar en un gran número de personas, el mismo código laboral limita el amparo del fuero a los cinco (5) primeros principales y suplentes de la junta directiva.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia C-593 de 1993, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 405 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 406 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 407 / LEY 584 DE 2000

FUERO SINDICAL - Aplicación a los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC pertenecientes a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales / JUNTA DIRECTIVA DE ORGANIZACION SINDICAL - A sus miembros se les aplica la garantía del fuero sindical del Código Sustantivo del Trabajo / EMPLEADO PUBLICO AFORADO - Para su retiro o traslado se debe solicitar primero al juez laboral la correspondiente autorización, mediante la comprobación de una justa causa

La consulta indaga acerca del alcance del fuero sindical para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que pertenecen a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales, y si pueden ser trasladados de manera discrecional, por razones del servicio, por parte del Director General del Instituto. Al respecto, es oportuno anotar que las personas que prestan sus servicios al INPEC, del cual hace parte el Cuerpo de Custodia y Vigilancia, tienen el carácter de empleados públicos, conforme a los artículos 8º y 117 del Decreto Ley 407 de 1994, y en cuanto a sus organizaciones sindicales y concretamente, sobre la garantía del fuero sindical, les son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo en su segunda parte, referente al derecho colectivo del trabajo, de

acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º del mismo. Dentro de tales normas se encuentran los artículos 405, 406 y 407, reseñados anteriormente, que han servido de fundamento a la Corte Constitucional para declarar, en diversas sentencias de tutela, la aplicación del fuero sindical a los guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que hacen parte de las Juntas Directivas de sus organizaciones sindicales. La Corte Constitucional menciona que el acto de traslado o despido del empleado aforado debe ser motivado, como debe serlo todo acto administrativo que afecta a una persona determinada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, pero es claro que tal circunstancia no releva a la Administración de efectuar previamente el trámite ante un juez laboral de demostración de una justa causa y obtención de la autorización judicial para tomar la medida, conforme a la garantía del fuero establecida por el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo. En síntesis, cuando la Dirección General del INPEC requiera por razones del servicio, despedir o trasladar a un guardián amparado por fuero sindical, debe solicitar primero al juez laboral la correspondiente autorización, mediante la comprobación de una justa causa. Obtenida la autorización, la Dirección puede expedir el acto administrativo con la respectiva motivación. Si se llegare a tomar la medida sin la autorización judicial, el empleado afectado podrá ejercer la acción de reintegro o de restitución a su anterior lugar de servicio, de conformidad con lo establecido por los artículos 408 del Código Sustantivo del Trabajo y 118 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del fuero sindical a los guardianes del INPEC, sentencias T-076 de 1998, T-080 de 2002, Corte Constitucional; sobre que el acto de traslado o despido del empleado aforado debe ser motivado, sentencias T-670 de 2003, C-240 de 2005, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 407 DE 1994 ARTICULO 8 / DECRETO LEY 407 DE 1994 ARTICULO 117 / CODIGO SUTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 405 / CODIGO SUTANTIVO DEL TRABAJO - ARTICULO 408 / CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCAIL - ARTICULO 118

FUERO SINDICAL - Alcance en el caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario / CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - Alcance del fuero sindical

Los Oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia tienen funciones de mando, dirección y administración dentro de su correspondiente ámbito de competencia, en relación con los servicios de orden, seguridad y disciplina al interior de los establecimientos de reclusión, lo cual significa que carecen de la garantía del fuero sindical, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000. En cuanto a los Suboficiales, a juicio de la Sala, están amparados por el fuero, puesto que sus funciones son principalmente de apoyo y ejecución de las órdenes de servicio impartidas por los Oficiales y las atribuciones que tienen sobre los Dragoneantes se deben entender derivadas de aquellas órdenes, de manera que ellos no desempeñan propiamente un cargo de dirección ni de administración. La norma exceptuó del fuero sindical a los servidores públicos “que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración”, con lo cual, mediante esta última parte, se le dio un alcance muchísimo mayor a la excepción que planteaba la Corte en el fallo C-593/93, pues se comprendió a los cargos de administración en general y no simplemente a los de dirección administrativa. De todas maneras, en el caso de los Oficiales del Cuerpo de

Custodia y Vigilancia del INPEC, se aprecia que por sus funciones de dirección y mando, desempeñan efectivamente cargos de dirección y por lo tanto, se encuentran incluidos dentro de la excepción al fuero sindical mencionada por el referido párrafo. De otra parte, se expresa en la consulta que “los miembros” del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC “ejercen jurisdicción, están investidos de autoridad de policía judicial, es decir ejercen autoridad civil y por tales razones legalmente no deben estar amparados por fuero sindical”. Ciertamente los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que es a quienes se refieren los interrogantes de la consulta, tenían funciones de policía judicial, de acuerdo con el artículo 41 del Código Penitenciario y Carcelario, limitadas a “los casos de flagrancia delictiva exclusivamente, al interior de los centros de reclusión, o dentro del espacio penitenciario o carcelario respectivo como igualmente proceder a la captura de prófugos”. Sin embargo, a raíz de la modificación introducida a esa disposición por el artículo 6º del Decreto Extraordinario 2636 del 19 de agosto de 2004, que desarrolla el Acto Legislativo No. 3 de 2002, referente al establecimiento del nuevo sistema penal acusatorio, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia no fueron incluidos en el grupo de servidores del INPEC con funciones de policía judicial. Ante la verificación de que la norma tan sólo menciona a los directores del INPEC, y no a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, la Sala observa que éstos dejaron de tener funciones de policía judicial y por tanto, mal podría afirmarse, con base en tales funciones, que “ejercen jurisdicción y están investidos de autoridad civil”. El alcance del fuero sindical de que gozan los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, distintos de los Oficiales que eventualmente pertenezcan a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales, es el indicado en el artículo 405 del CST, en el sentido de que no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos del Instituto o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez laboral. Adicionalmente, para la toma de cualquiera de estas decisiones, se requiere la expedición del correspondiente acto administrativo motivado.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 17 de agosto de 2012.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00025-00(1892)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: FUERO SINDICAL DE SERVIDORES PUBLICOS.

Alcance del fuero sindical en el caso de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, formula una consulta

sobre el alcance del fuero sindical de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mencionado Instituto, que pertenecen a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales del mismo, y la posibilidad de trasladarlos de manera discrecional.

1. ANTECEDENTES

Manifiesta el Ministro que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC es un establecimiento público y sus servidores tienen el carácter de empleados públicos con régimen especial, de acuerdo con el artículo 15 del Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, y el artículo 8º del Decreto Ley 407 de 1994, respectivamente.

Añade que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional es un organismo que cumple un servicio público esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del INPEC, e integrado por personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales, el cual, entre otras funciones, debe “velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios” y “cumplir las funciones de seguridad y policía judicial en los términos señalados por la ley” (arts. 113, 117 y 118-a-d decreto ley 407/94).

Señala el consultante que existen ciento cuarenta (140) centros de reclusión administrados por el INPEC y que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mismo han constituido cuatro (4) sindicatos, con directivas y subdirectivas en todo el país, de manera que en la actualidad, hay trescientos sesenta y nueve (369) empleados que gozan de fuero sindical, lo cual ha significado una restricción a la facultad del Director General del INPEC, conferida por el artículo 173 del Decreto Ley 407 de 1994, de determinar el lugar y el tiempo de prestación de servicios de tales empleados, pues con dicho fuero no se les puede trasladar a otros centros de reclusión en los cuales se requieren sus servicios.

Se citan en la consulta diversas normas, entre ellas el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04) que establece que desempeñan permanentemente funciones de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, “las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control” (numeral 4º) y “los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario” (numeral 5º).

Se transcriben determinados apartes de sentencias de la Corte Constitucional, cuatro de tutela y una de constitucionalidad, la C-593 del 14 de diciembre de 1993, mediante la cual la Corte declaró la inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía las excepciones al fuero sindical para los empleados públicos, y los trabajadores oficiales y particulares que desempeñaran puestos de dirección, confianza o manejo, pero expresó lo siguiente:

“Es claro, para la Corte, que la sola circunstancia de ser empleado público, no es óbice para que una persona goce de fuero sindical. No obstante, la concurrencia de otras circunstancias sí puede inhibir la existencia del fuero. **Tal sería: el ser funcionario o empleado que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa.**

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

De lo anterior, se concluye en la consulta:

“Es evidente que los funcionarios que conforman el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC están investidos de autoridad de policía para poder cumplir con sus funciones, pues repetimos, son jerarquizados, uniformados, están armados, ejercen jurisdicción, están investidos de autoridad de policía judicial, es decir ejercen autoridad civil y por tales razones legalmente no deben estar amparados por fuero sindical, porque es incompatible con la naturaleza de sus funciones de policía”.

2. INTERROGANTES

Los interrogantes de la consulta son los siguientes:

“1. Entendiendo y respetando el derecho de asociación consagrado en nuestra Carta Política, y teniendo en cuenta el hecho de que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, investidos legalmente con facultades permanentes de policía judicial, dada la naturaleza especializada del Servicio Público Esencial de carácter general que le ha encomendado la ley como lo es la custodia, guarda y seguridad de las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión y la circunstancia que los integrantes que pertenezcan a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales que allí funcionan estén amparados por beneficios propios como el fuero sindical, se pregunta: ¿Cuál es el alcance del fuero sindical de que gozan los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que pertenecen a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales?

2. ¿Los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que pertenecen a las Juntas Directivas nacionales y seccionales de las organizaciones sindicales pueden ser trasladados de manera discrecional por el Director del INPEC, para el mejor y adecuado funcionamiento de la institución, por seguridad y por razones de buen servicio?

3. CONSIDERACIONES

3.1 El fuero sindical.

El artículo 38 de la Constitución Política reconoció el derecho fundamental de libre asociación y complementario a éste, consagró en el artículo 39 ese derecho referido al plano laboral, para establecer tanto el derecho de sindicalización de los

trabajadores como el de asociación patronal de los empleadores. Dice así esta disposición:

“Artículo 39.- 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” (Destaca la Sala).

Como se observa, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales sin hacer distinciones entre sindicatos del sector privado y del sector público, con lo cual se otorga también a los de éste. Por esa razón la Corte Constitucional, en la sentencia C-593/93, declaró la inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto exceptuaba del fuero sindical a los empleados públicos.

El fuero sindical es definido por el artículo 405 de dicho código en los siguientes términos:

“Artículo 405.- Definición.- Modificado por el artículo 1º del decreto legislativo 204 de 1957.- **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”.**

Según se desprende de esta norma, el fuero sindical ampara al trabajador en las situaciones allí descritas, imponiendo al empleador las prohibiciones de despedirlo, desmejorarlo en sus condiciones de trabajo o trasladarlo, hasta tanto haya demostrado ante el juez laboral una justa causa¹ y obtenido su autorización².

¹ En el caso de los empleados públicos, las acciones sobre fuero sindical son de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, no de la contenciosa administrativa, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2º de la ley 712 de 2001. Con anterioridad, el tema de la competencia había sido dilucidado en este mismo sentido por la ley 362 de 1997.

² Es oportuno anotar que Colombia, como miembro de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ha ratificado varios convenios de ésta dirigidos a amparar el derecho de los trabajadores, incluidos los empleados públicos, de sindicalizarse y a fomentar la negociación colectiva. Es así como, por ejemplo, mediante la ley 411 de 1997 se aprobó el Convenio 151 de la OIT sobre protección del derecho de sindicación (sic, resulta más propio llamarlo “derecho de sindicalización”) y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, en cuyo artículo 4º se establece:

“Artículo 4º.-

1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo. (Resalta la Sala)

2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

La ley determina los representantes sindicales cobijados por el fuero. En efecto, el artículo 406 del código, con la modificación introducida por la ley 584 de 2000, "Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo", dispone:

"Artículo 406.- Trabajadores amparados por el fuero sindical.- Modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000.- Están amparados por el fuero sindical:

- a) **Los fundadores de un sindicato**, desde el día de su constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;
- b) **Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato**, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;
- c) **Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente.** Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;
- d) **Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos**, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, 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)³.

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.**
(...) (Resalta la Sala).

Para efectos de la consulta es importante señalar que el parágrafo del artículo transcrito reconoce el fuero a los servidores públicos, con excepción de aquellos que ejerzan cargos de representación del Estado, lo cual se estudiará mas adelante.

Sin embargo, como las directivas sindicales pueden derivar en un gran número de personas, el mismo código laboral limita el amparo del fuero a los cinco (5) primeros principales y suplentes de la junta directiva:

-
- a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;
 - b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización".
- Y la ley 524 de 1999 aprobó el Convenio 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva, el cual dispone que ésta debe ser "posibilitada" a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad económica, dejando a cada país la potestad de determinar si se aplica a las fuerzas armadas y a la policía y fijar modalidades particulares en cuanto a la administración pública (arts. 1º y 5º).

³ La expresión subrayada fue declarada exequible y la que se encuentra entre paréntesis, inexecutable, por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-201 del 19 de marzo de 2002.

“Artículo 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 sólo 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. (Resalta la Sala).

3.2 La aplicación del fuero sindical a los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC pertenecientes a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales.

La consulta indaga acerca del alcance del fuero sindical para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que pertenecen a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales, y si pueden ser trasladados de manera discrecional, por razones del servicio, por parte del Director General del Instituto.

Al respecto, es oportuno anotar que las personas que prestan sus servicios al INPEC, del cual hace parte el Cuerpo de Custodia y Vigilancia, tienen el carácter de empleados públicos, conforme a los artículos 8º y 117 del Decreto Ley 407 del 20 de febrero de 1994, “Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, y en cuanto a sus organizaciones sindicales y concretamente, sobre la garantía del fuero sindical, les son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo en su segunda parte, referente al derecho colectivo del trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º del mismo.

Dentro de tales normas se encuentran los artículos 405, 406 y 407, reseñados anteriormente, que han servido de fundamento a la Corte Constitucional para declarar, en diversas sentencias de tutela, la aplicación del fuero sindical a los guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que hacen parte de las Juntas Directivas de sus organizaciones sindicales.

Así por ejemplo, en la sentencia T-076 del 10 de marzo de 1998, la Corte sostiene:

“A juicio de la Corte, la circunstancia de que **las controversias que se suscitan con los empleados públicos que gozan de fuero sindical, deben, en términos generales, ser decididas por la jurisdicción competente**, no impide al juez de tutela el conocimiento de la misma, cuando se trata de la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales invocados, que se encuentren lesionados, amenazados o vulnerados por el acto administrativo expedido por la administración, y por consiguiente es procedente en estas circunstancias, el ejercicio de la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
(...)

Empero, la circunstancia excepcional de que **el acto de traslado del demandante no se encuentre motivado y que dicho empleado esté amparado por el fuero sindical**, con cuya reubicación en Arauca le impediría el cumplimiento de sus actividades en Medellín, como directivo sindical, mientras ostente dicha calidad, configura una violación de sus derechos fundamentales, lo que conduce a la protección de los mismos, como mecanismo transitorio” (Resalta la Sala).

De igual manera, la Corte Constitucional manifiesta en la sentencia T-080 del 11 de febrero de 2002, lo siguiente:

“El artículo 39 de la Constitución Política, establece que se reconoce a los representantes sindicales el fuero sindical y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. **De manera que si al empleado protegido con el fuero sindical, sin ninguna motivación, se le traslada a un lugar distinto, es claro que con dicha medida no podrá realizar las gestiones inherentes a la actividad sindical, y por consiguiente, se vulnera no solamente el derecho al mismo fuero reconocido por la Constitución, sino el de asociación, pues bastaría que la administración dispusiera a su arbitrio, en forma discrecional y sin razón alguna, el traslado del empleado protegido por dicho fuero, para hacer nugatorio e impedir el cumplimiento de las actividades propias del sindicato,** lo cual resulta abiertamente contrario con el precepto constitucional citado, y vulnera los derechos fundamentales consagrados en las normas superiores, que deben ser protegidos en forma inmediata por el juez de tutela” (Subraya la Sala).

Como se advierte, la Corte Constitucional menciona que el acto de traslado o despido del empleado aforado debe ser **motivado**, como debe serlo todo acto administrativo que afecta a una persona determinada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, pero es claro que tal circunstancia no releva a la Administración de efectuar **previamente** el trámite ante un juez laboral de demostración de una justa causa y obtención de la autorización judicial para tomar la medida, conforme a la garantía del fuero establecida por el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre esta exigencia procedimental se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias oportunidades, como en la sentencia T-670 del 6 de agosto de 2003, en la cual expresó:

*“En las Sentencias T-076 de 1998⁴ y T-080 de 2002⁵ la Corte consideró que el traslado **sin calificación judicial previa** de unos funcionarios aforados del INPEC era violatorio de su derecho de asociación sindical y de la garantía del fuero sindical. (...)*

Por su parte, la Corte en Sentencia T-012 de 2003⁶, que reiteró la anterior doctrina, al referirse a la institución del fuero sindical definida en el artículo 450 (sic, es el 405) del CST, precisó que cuando se trate de despedir a un trabajador aforado del INPEC **se requiere de la previa calificación judicial.**

En dicha Sentencia la Corte manifestó que:

*“Dada la protección especial que la Constitución otorga a los sindicatos y a sus directivas para que puedan cumplir libremente sus funciones sin estar sujetos a represalias, la Constitución y la Ley impiden el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones laborales **sin la previa calificación judicial de la existencia de una justa causa.** En este orden de ideas, el servidor público aforado puede hacer uso de la acción de reintegro que consagra el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, ante el juez ordinario laboral, cuando ha sido despedido, sus condiciones laborales desmejoradas o trasladado **sin la mencionada***

⁴ Nota de la Corte: MP Hernando Herrera Vergara.

⁵ Nota de la Corte: MP Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Nota de la Corte: MP Manuel José Cepeda Espinosa

calificación.⁷” (Destaca la Sala).

En el mismo sentido, en la sentencia de constitucionalidad C-240 del 15 de marzo de 2005, la Corte reafirmó el requisito de la autorización judicial, así:

“(…) La garantía del fuero sindical, esto es el derecho del trabajador sindicalizado que realiza función directiva o que se encuentra investido de la calidad de miembro de la comisión de reclamos correspondiente, a no ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, **salvo que exista justa causa comprobada, se le confía por la Constitución a los jueces. Por ello a estos corresponde la calificación respecto de la existencia o inexistencia de justa causa para que pueda un trabajador amparado con el fuero sindical ser privado de este**” (Resalta la Sala).

En síntesis, cuando la Dirección General del INPEC requiera por razones del servicio, despedir o trasladar a un guardián amparado por fuero sindical, debe solicitar primero al juez laboral la correspondiente autorización, mediante la comprobación de una justa causa. Obtenida la autorización, la Dirección puede expedir el acto administrativo con la respectiva motivación.

Si se llegare a tomar la medida sin la autorización judicial, el empleado afectado podrá ejercer la acción de reintegro o de restitución a su anterior lugar de servicio, de conformidad con lo establecido por los artículos 408 del Código Sustantivo del Trabajo y 118 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.3 La excepción al fuero sindical para los servidores públicos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, es aplicable a los Oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, pero no a los demás integrantes de dicho Cuerpo.

Según se mencionó, el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, fue modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, adicionándole el párrafo 1º, en el cual se dispuso lo siguiente:

“Párrafo 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**” (Resalta la Sala).

El decreto ley 407 de 1994, relativo al régimen de personal del INPEC, establece en el artículo 126 la composición del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y en el 127 las categorías y grados de sus funcionarios para varios efectos entre los cuales está el ejercicio del mando. Dicen así estas normas:

“Artículo 126.- Composición.- El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución”.

⁷ Nota de la Corte: La jurisprudencia constitucional acerca del fuero sindical es abundante. Ver entre otras las sentencias T-326 de 2002, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-135 de 2002, MP Alvaro Tafur Galvis, T-731 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil, T-326 de 1999, MP Fabio Morón Díaz, SU-036 de 1999, MP Alfredo Beltrán Sierra, C-593 de 1993, MP Carlos Gaviria Díaz.

“Artículo 127.- Categorías y grados.- Para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos consagrados en este decreto, las categorías de Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados:

a) Categoría de Oficiales.

1. Comandante Superior.
2. Mayor.
3. Capitán.
4. Teniente;

b) Categoría de Suboficiales:

1. Inspector Jefe.
2. Inspector.
3. Subinspector;

c) Categoría de Dragoneantes:

1. Dragoneantes.
2. Distinguidos;

d) Categoría de alumnos y auxiliares de guardia:

1. Alumnos aspirantes a Dragoneantes.
2. Servicio militar de bachilleres”.

Los Oficiales son los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, formados y capacitados para **comandar** la vigilancia penitenciaria y carcelaria, **dirigir, coordinar y responder** por los servicios de orden, seguridad y disciplina en los establecimientos penitenciarios y carcelarios **y garantizar** el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del INPEC, conforme lo dispone el artículo 128 del mismo decreto ley. Son de tres clases, de acuerdo con el artículo 129:

- 1) Oficiales de seguridad.
- 2) Oficiales logísticos y
- 3) Oficiales para tratamiento penitenciario.

En relación con los Oficiales de Seguridad, el artículo 130 del citado decreto ley 407/94 establece sus funciones en la siguiente forma:

“Artículo 130.- Oficiales de Seguridad.- Son Oficiales de Seguridad los egresados de la Escuela Nacional Penitenciaria, encargados de la vigilancia y seguridad de los establecimientos penitenciarios y carcelarios nacionales **que tienen como misión dirigir, coordinar y responder** por los servicios de orden, seguridad y disciplina en los establecimientos de reclusión y de garantizar el normal desarrollo de sus actividades, **ejerciendo con eficiencia y eficacia el mando sobre el personal bajo sus órdenes”** (Resalta la Sala).

En cuanto a los Suboficiales, el artículo 133⁸ del mismo decreto ley les asigna las funciones de apoyo, cooperación y ejecución de las órdenes de los Oficiales, y el 134⁹, al establecer que los Dragoneantes deben cumplir sus órdenes relativas al servicio, les está confiriendo implícitamente la función de mando sobre éstos.

⁸ **ARTÍCULO 133. SUBOFICIALES.** Son suboficiales los dragoneantes que hayan recibido y superado los cursos de la Escuela Penitenciaria Nacional, preparados y capacitados, para que ejerzan las funciones de apoyo, cooperación y ejecución de los órdenes del servicio de los Oficiales, en los aspectos de orden, seguridad, disciplina, resocialización y administración.

⁹ **ARTÍCULO 134. DRAGONEANTES.** Son Dragoneantes los egresados de la Escuela Penitenciaria Nacional, que hayan aprobado el curso de formación y hubieren sido propuestos por su Director para ejercer funciones de base, seguridad, resocialización, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y

Es claro, entonces, que **los Oficiales** del Cuerpo de Custodia y Vigilancia tienen funciones de mando, dirección y administración dentro de su correspondiente ámbito de competencia, en relación con los servicios de orden, seguridad y disciplina al interior de los establecimientos de reclusión, lo cual significa que carecen de la garantía del fuero sindical, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000.

En cuanto a los Suboficiales, a juicio de la Sala, están amparados por el fuero, puesto que sus funciones son principalmente de apoyo y ejecución de las órdenes de servicio impartidas por los Oficiales y las atribuciones que tienen sobre los Dragoneantes se deben entender derivadas de aquellas órdenes, de manera que ellos no desempeñan propiamente un cargo de dirección ni de administración.

Cabe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-593 del 14 de diciembre de 1993, mediante la cual, como se vio, declaró la inexecutable del artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón del artículo 39 de la Carta que confiere el fuero a los representantes de los sindicatos de empleados públicos, manifestó que debería haber algunas excepciones con fundamento en la importancia de las funciones desempeñadas. Expresó la Corte sobre este punto, lo siguiente:

“Es claro, para la Corte, que la sola circunstancia de ser empleado público, no es óbice para que una persona goce de fuero sindical. **No obstante, la concurrencia de otras circunstancias sí puede inhibir la existencia del fuero. Tal sería: el ser funcionario o empleado que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa.**”

En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: En principio, el fuero se reconoce a los representantes sindicales, es decir, a quienes de algún modo son voceros naturales de la organización, en defensa de sus intereses. Tal es el caso, conforme a la legislación positiva, de los miembros de la junta directiva, de la comisión de reclamos y de los fundadores del sindicato. Ahora bien: los funcionarios o empleados públicos que se encuentran en la circunstancia atrás descrita, encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que en un momento dado, la organización sindical persiga. (Arts. 2º, 123 inciso 2º y 209 de la C.P.) (Resalta y subraya la Sala).

Se observa que este planteamiento fue adoptado como legislación positiva por el artículo 12 de la ley 584 de 2000 que modificó el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, con una variación importante. En efecto, se constata que el párrafo 1º adicionado a la norma sustantiva exceptuó del fuero sindical a los servidores públicos “que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o **cargos de dirección o administración**”, con lo cual, mediante esta última parte, se le dio un alcance muchísimo mayor a la excepción que planteaba la Corte en el fallo antes citado,

carcelarios, los cuales tendrán la obligación de cumplir las órdenes relativas al servicio y a las funciones de los Directores Regionales del Instituto, Subdirectores de centros de reclusión, de los oficiales y suboficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria.
(...)

pues se comprendió a los cargos de administración en general y no simplemente a los de dirección administrativa.

De todas maneras, en el caso de los Oficiales del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, se aprecia que por sus funciones de dirección y mando, desempeñan efectivamente cargos de dirección y por lo tanto, se encuentran incluidos dentro de la excepción al fuero sindical mencionada por el referido párrafo.

De otra parte, conforme se indicó en los antecedentes, se expresa en la consulta que “los miembros” del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC “ejercen jurisdicción, están investidos de autoridad de policía judicial, es decir ejercen autoridad civil y por tales razones legalmente no deben estar amparados por fuero sindical”.

Se menciona en este punto de la consulta a los miembros o integrantes de dicho ente, sin indicar las categorías de funcionarios que existen al interior de la organización, por lo cual la Sala considera necesario hacer el siguiente análisis general.

Se observa que de acuerdo con el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004¹⁰) ya citado, cumplen funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y dentro del ámbito de su competencia, “los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, **conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario**” (num. 5^o).

Ciertamente **los miembros** del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, que es a quienes se refieren los interrogantes de la consulta, tenían funciones de policía judicial, de acuerdo con el artículo 41 del Código Penitenciario y Carcelario, limitadas a “los casos de flagrancia delictiva exclusivamente, al interior de los centros de reclusión, o dentro del espacio penitenciario o carcelario respectivo como igualmente proceder a la captura de prófugos”. Sin embargo, a raíz de la modificación introducida a esa disposición por el artículo 6^o del Decreto Extraordinario 2636 del 19 de agosto de 2004, que desarrolla el Acto Legislativo No. 3 de 2002¹¹, referente al establecimiento del nuevo sistema penal acusatorio, cuya implantación en todo el país deberá culminar el 31 de diciembre de 2008, los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia no fueron incluidos en el grupo de servidores del INPEC con funciones de policía judicial.

En efecto, dice así el artículo 41 del Código Penitenciario y Carcelario, modificado por el Decreto Ley 2636 de 2004:

“ARTICULO 41. FUNCIONES DE POLICIA JUDICIAL. **Artículo modificado por el artículo 6 del Decreto 2636 de 2004.** Los Directores General, Regional y de establecimientos de reclusión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, tendrán funciones de

¹⁰ Esta ley, aplicable para los delitos cometidos desde el 1^o de enero de 2005, estableció el sistema penal acusatorio, cuya implementación se ha ido efectuando de manera gradual en el país. El Código de Procedimiento Penal anterior, la ley 600 de 2000, que sigue el sistema penal inquisitivo, dispone en el artículo 312, que ejercen funciones especiales de policía judicial en asuntos de su competencia: (...) 5. Los Directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, **conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario**”.

¹¹ ARTÍCULO 3o.- El artículo 251 de la Constitución Política quedará así: “**Artículo 251.-** Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: (...) 5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación”.

Policía Judicial para la investigación de delitos que se cometan al interior de los establecimientos de reclusión, en los términos del Código de Procedimiento Penal hasta que la Fiscalía General de la Nación asuma el conocimiento”.

Ante la verificación de que la norma tan sólo menciona a los directores del INPEC, y no a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, la Sala observa que éstos dejaron de tener funciones de policía judicial y por tanto, mal podría afirmarse, con base en tales funciones, que “ejercen jurisdicción y están investidos de autoridad civil”.

LA SALA RESPONDE

1 y 2. El alcance del fuero sindical de que gozan los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, distintos de los Oficiales que eventualmente pertenezcan a las Juntas Directivas de las organizaciones sindicales, es el indicado en el artículo 405 del CST, en el sentido de que no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos del Instituto o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez laboral. Adicionalmente, para la toma de cualquiera de estas decisiones, se requiere la expedición del correspondiente acto administrativo motivado.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala