

Jurisdicción competente de las acciones sobre fuero sindical promovidos por los empleados públicos, en el marco de las leyes 712 de 2001 y 1437 de 2011

Anuar José Martínez Llorente
Jaime Fidel Garrido Rhenals
Marlon Jesús Paternina Figueroa

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR
Escuela de Posgrado y educación Continua
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social
Sincelejo – Sucre
2019

Jurisdicción competente de las acciones sobre fuero sindical promovidos por los empleados públicos, en el marco de las leyes 712 de 2001 y 1437 de 2011

Anuar José Martínez Llorente
Jaime Fidel Garrido Rhenals
Marlon Jesús Paternina Figueroa


Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social

Asesor:

Carlos Mario De La Espriella Oyola
Magister en Derecho Administrativo

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR
Escuela de Posgrado y educación Continua
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social
Sincelajo – Sucre
2019

Nota de Aceptación

(TESIS APROBADA) 

Director



45 Aprobado

Evaluador 1

Evaluador 2

Tabla de Contenido

Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
1. Aproximaciones conceptuales a las figuras de fuero sindical, empleados públicos, jurisdicción y competencia	9
1.1. Fuero sindical.....	9
1.2. Trabajadores amparados por el fuero sindical	10
1.3. Empleados públicos.....	12
1.4. Jurisdicción y Competencia	12
1.5. Competencia	15
2. Naturaleza Jurídica De Las Decisiones De Despido, Traslado Y Desmejora	16
2.1. La Subordinación y El Ius Variandi	16
2.2. El Traslado, La Desmejora y El Retiro.....	19
2.3. El Acto Administrativo.....	21
3. Establecer Si Las Demandas Contra Actos Administrativos Son Del Conocimiento Exclusivo De La Jurisdicción De Los Contencioso Administrativa	23
4. Antinomias En Materia De Competencias Sobre La Acción Del Fuero Sindical	28
Conclusiones	36
Referencias Bibliográficas	38

Resumen

En el presente documento se entrara a determinar la jurisdicción competente para conocer de las acciones sobre fuero sindical que tengan como objeto controvertir las decisiones de despidos, desmejoras o traslados de los empleados públicos de la rama ejecutiva, en el marco de la ley 712 de 2001 y 1437 de 2011, esclareciendo el tema, puesto que para tomar tal determinación, se empieza por conceptualizar las figuras de fuero sindical, empleados públicos, por definir que es jurisdicción y competencia, identificar la naturaleza jurídica de las decisiones de despido, traslado y desmejora de los empleados públicos amparados por el fuero sindical, para luego establecer si las demandas contra actos administrativos son del conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, y por ultimo brindar respuesta a la pregunta objeto del presente trabajo, donde resulta clave concretar las diferencias entre la ley 712 de 2001 y 1437 de 2011 en materia de competencias sobre la acción del fuero sindical que promuevan los empleados.

La metodología que se emplea es de tipo cualitativo, analítico y bibliográfico, mediante la teoría fundamentada y utilizando el contenido jurídico que se emplea para la investigación abordada, lo que se pretende es darle solidez a la investigación mediante un mapeo jurisprudencial y doctrinal que permita poder sustentar las diferencias que persisten entre las dos normas a la hora de dirimir conflictos laborales donde estén inmersos servidores públicos.

Palabras clave: Jurisdicción, competencia, acciones de fuero sindical, despidos, servidores públicos.

Abstract

The present document will determine the competent jurisdiction to hear actions on trade union immunity whose purpose is to contest the decisions of dismissals, impairments or transfers of public employees of the executive branch, within the framework of Law 712 of 2001 and 1437 of 2011, clarifying the issue, since to make such a determination, we begin by conceptualizing the trade union privilege figures, public employees, to define what is jurisdiction and competence, identify the legal nature of the decisions of dismissal, transfer and deterioration of public employees covered by the trade union immunity, and then establish whether the claims against administrative acts are the exclusive knowledge of the contentious administrative jurisdiction, and finally provide an answer to the question that is the object of this paper, where it is key to specify the differences between Law 712 of 2001 and 1437 of 2011 regarding competences on the action of the union immunity promoted by employees.

The methodology used is qualitative, analytical and bibliographic, through grounded theory and using the legal content that is used for the research addressed, which is intended to give solidity to research through a jurisprudential and doctrinal mapping that allows power sustain the differences that persist between the two norms when it comes to resolving labor conflicts where public servants are immersed.

Key words: Jurisdiction, competence, union forum actions, dismissals, public servants.

Introducción

El fuero sindical es una prerrogativa que si bien tiene sustento en el Código Sustantivo del Trabajo, es extensible a los empleados públicos; la cual otorga la facultad a no ser despedidos, desmejorados en las condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa u otra diferente, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo.

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en adelante CPL, en su artículo 2º, numeral 2, establece la competencia en cabeza de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, de todas las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral; sin embargo y muy a pesar de la contundencia de la norma, hemos percibido que para el caso de los servidores públicos retirados, trasladados o desmejorados mediante acto administrativo, se ha acudido en muchas ocasiones a utilizar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con la finalidad de solicitar la nulidad del acto que decidió el retiro, el traslado o la desmejora.

Por ello es necesario determinar ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las acciones sobre fuero sindical que tengan como objeto controvertir las decisiones de despidos, desmejoras o traslados de los servidores públicos, en el marco de la ley 712 de 2001 y 1437 de 2011?

Esta investigación es importante porque al aplicar normas distintas para un mismo fin, podemos encontrar vulnerados derechos fundamentales, tales como la igualdad y el acceso a la administración de justicia, si tenemos en cuenta que el termino de caducidad del medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del derecho (que sería la acción procedente en el contencioso) es de 4 meses contados a partir de la notificación del acto, en cambio para demandar ante el Juez ordinario laboral a través de la acción de reintegro o restitución, el termino sería de dos meses de acuerdo a lo contemplado en el artículo 118 A del C.P.L.

En atención a lo anterior, lo que nos proponemos con este trabajo es determinar la jurisdicción competente para conocer de las acciones sobre fuero sindical que tengan como objeto controvertir las decisiones de despidos, desmejoras o traslados de los empleados públicos de la rama ejecutiva, en el marco de la ley 712 de 2001 y 1437 de 2011, lo cual lograremos en primera medida conceptualizando las figuras de fuero sindical, empleados públicos, jurisdicción y competencia; identificando la naturaleza jurídica de las decisiones de despido, traslado y desmejora de los empleados públicos amparados por el fuero sindical; estableciendo si las demandas contra actos administrativos son del conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, y por ultimo determinando si entre la ley 712 de 2001 y 1437 de 2011 existen antinomias en materia de competencias sobre la acción del fuero sindical que promuevan los empleados y, en caso afirmativo, establecer sus grados de prevalencia.

El Tipo de Investigación que realizaremos es específicamente jurídica, y se hará uso del enfoque Cualitativo, para desarrollarla utilizaremos fuentes secundarias como la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

1. Aproximaciones conceptuales a las figuras de fuero sindical, empleados públicos, jurisdicción y competencia

1.1. Fuero sindical

El fuero Sindical está definido en el Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: “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” (Trabajo C. S., 2018), de esta definición se desprende que es una garantía que esta concedida específicamente a los trabajadores, con el fin de evitar que los empleadores abusen de su poder, generando afectaciones a este, desmejorando las condiciones de trabajado contempladas en el contrato de trabajado que se celebró entre estos.

Esta garantía también encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Nacional, donde se consagra que “se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”. En los términos expuestos pareciese que este solo se reconoce a quienes son los representantes de los sindicatos, pero, claro está, que este se hace extensivo a los demás trabajadores que hacen parte del sindicato.

La consagración de dicha garantía dentro del capítulo de los derechos fundamentales de nuestra carta magna, no es un capricho del constituyente, sino que obedece al deber que tiene Colombia de cumplir los Convenios proferidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), específicamente la concreción de la obligación que tiene nuestro país de aplicar y ejecutar lo ordenado en el artículo 11 del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que establece que: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

Además de lo anterior y si bien todo lo relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, se encuentran contenidas en el Convenio de la OIT N° 135 de 1971, el cual no ha sido ratificado por Colombia, y su recomendación 143 de 1971, es deber del Estado colombiano darle cumplimiento a todos estos convenios, si tenemos en cuenta que son derechos que emanan de los de libertad sindical y de sindicación, contenidos en los convenios 87 y 98 de la OIT, que si están ratificados por Colombia.

Además de lo anterior estos convenios y recomendaciones que no han sido ratificados por Colombia pueden ser utilizados por vía supletoria, si tenemos en cuenta lo consagrado en el artículo 19 del Código sustantivo del trabajo, que establece que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican entre otros los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, y también en aplicación al principio “Pacta Sunt Servanda”, que obliga a los estados a cumplir los tratados, en atención a la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Doctrinariamente el Fuero Sindical es entendido como la garantía de estabilidad laboral que se otorga a determinados trabajadores, por la representación sindical que ejercen, para no ser despedidos ni trasladados, ni modificadas sus condiciones de trabajo, sin justa causa (Cabanellas, 1997, pág. 429).

1.2. Trabajadores amparados por el fuero sindical

El artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo identifica cuales son los trabajadores amparados por el fuero sindical, enlistando de forma taxativa aquellos que pueden ser beneficiarios del mismo.

1. Los fundadores del sindicato, desde el día de su constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder seis meses
2. Los trabajadores que hayan ingresado al sindicato con antelación a la inscripción en el registro sindical. El fuero rige por el mismo tiempo que para los fundadores
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco

principales y cinco suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un principal y un suplente. Será efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis meses más. Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo periodo de la junta directiva y seis meses más.

Igualmente y de conformidad con lo contemplado en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, existe una garantía denominada “FUERO CIRCUNSTANCIAL” que ampara a los trabajadores que se encuentran en medio de una negociación colectiva, para que no puedan ser despedidos sin justa causa comprobada, desde el momento que se presenta el pliego y durante los términos que la ley señala para desarrollar las etapas que conlleven a la solución del conflicto.

Por último se debe precisar que la garantía de “FUERO SINDICAL” se hizo extensiva a los servidores públicos, con excepción de los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, desde la misma declaratoria de inexequibilidad del numeral 1 del artículo 409 del CST que excluía del fuero sindical a dichos empleados.

Hago referencia a la sentencia C-593 de 1993, en la que nuestro máximo tribunal constitucional manifestó respecto del fuero sindical del empleado público y el derecho de asociación sindical, lo siguiente:

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 excluirlos 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 ampliación que hizo el Constituyente de 1991 de la figura del fuero

sindical para los representantes de los sindicatos de empleados públicos, señala inmediatamente la necesidad de un desarrollo legislativo del artículo 39 de la Carta, pues al menos los artículos 2, 113 y 118 del Código de Procedimiento Laboral, son inaplicables a los servidores públicos. 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 (Corte Constitucional. (15 de diciembre de 1993). Sentencia C 593 de 1993. [Mp. Carlos Gaviria Díaz]).

1.3. Empleados públicos

Si bien no se tiene ni constitucional ni mucho menos legal una definición de empleados públicos, para efectos de este trabajo y teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 estableció una clasificación general de Servidores públicos, en la que se agrupan los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, cuando nos refiramos a empleados públicos debemos entender todo aquel empleado que ejerce un empleo público, que ingresa a dicho cargo con el cumplimiento de los requisitos legales y se posesiona.

Sin embargo a lo anterior debe precisarse que la misma constitución en su artículo 39, excluye del derecho de asociación a los miembros de la fuerza pública, por lo que para el presente estudio estas personas no se tendrán como empleados públicos, por la imposibilidad de que alguno de sus miembros pueda llegar a estar amparado por fuero sindical.

1.4. Jurisdicción y Competencia

Genéricamente se conoce la jurisdicción como (Cabanellas, 1997) autoridad, facultad, dominio. // Conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial. // Poder para gobernar y para aplicar las leyes. // La potestad de conocer y fallar en asuntos civiles,

criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido. // Territorio en que un Juez o tribunal ejerce su autoridad. // Término de una provincia, distrito, municipio, barrio.

En la misma obra el autor cita al profesor argentino Alsina, para el cual constituye la jurisdicción la potestad conferida por el estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones; esto último como manifestación de imperio.

Teniendo en cuenta lo anterior debemos entender tal como lo considera (Blanco, 2009) a la Jurisdicción como “La función pública de administrar justicia mediante un proceso”

La función pública de administrar justicia hace parte de ese grupo de derechos esenciales del hombre, de ese mínimo de garantías que debe tener cualquier persona por el solo hecho de ser personas; consagrados y reafirmados a lo largo de la historia en distintos instrumentos internacionales, tales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 1969, se estableció en el artículo 8 el Derecho a la Garantías Judiciales dentro del cual se contempla el derecho de todo ser humano a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De igual forma el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho que tiene toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente.

Como se puede observar la Función pública de administrar justicia hace parte del derecho a las garantías judiciales que tiene todo ser humano, y que también se encuentra consagrada en nuestro artículo 29 constitucional.

Nuestra Honorable Corte Constitucional ha establecido que la jurisdicción es la potestad propia de la función Jurisdiccional del poder público, que se concreta en la posibilidad de impartir justicia sobre los diferentes conflictos o situaciones que deban tramitarse y resolverse de conformidad con los principios, parámetros y disposiciones del ordenamiento jurídico. En ese contexto, corresponde al constituyente definir quiénes ejercen jurisdicción, cómo se divide y en qué forma se ejerce, dependiendo, en cada caso en concreto, de los supuestos de hecho que sean sometidos a definición judicial (art. 116 C.P.).

La ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia (Jurisdicción) en su artículo 1 consagra La administración de justicia como la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Si bien técnicamente la facultad de administrar justicia o jurisdicción la tienen todos los jueces, para efectos de esta trabajo y siendo concordante con la inclinación que tienen los códigos del trabajo y de la seguridad social (Artículo 2 “Los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria”) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 103 “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”), al considerar la jurisdicción como un sinónimo de competencias por rama, dividiremos la función de administrar justicia o jurisdicción en las grandes ramas del ordenamiento jurídico, por ello nos referiremos en la presente investigación a Jurisdicción laboral y de la seguridad social y jurisdicción de lo contencioso administrativa.

De esta misma manera se refiere (Cabrera, 2016) cuando aborda el concepto de Jurisdicción desde la acepción subjetiva:

Con ella se hace referencia al conjunto de órganos que conforman la rama Jurisdiccional del poder público. Del art. 228 de la cp se desprende el principio de la unidad de la jurisdicción, según el cual dicha función pública es una sola y que solo en virtud del principio de división del trabajo, constitucionalmente primero y luego legalmente, se la ha dividido en la jurisdicción ordinaria (art. 2° del título VIII), contencioso – administrativa (Capítulo 3.° del título VIII), la constitucional (capítulo 4.° del título VIII) y las especiales

(capítulo 5.º del título VIII), tales como la penal militar (Art. 116 de la cp), la indígena, la justicia de paz y, por último, la jurisdicción disciplinaria (capítulo 7.º del título VIII de la cp).

1.5. Competencia

Según Caballenas (1997) se entiende por competencia “en sentido Jurisdiccional, incumbencia o atribuciones de un Juez o tribunal; capacidad para conocer de un juicio o de una causa”

En concordancia con lo anterior se considera que en virtud de la competencia se sabe exactamente cuál de todos los funcionarios que tiene jurisdicción es el indicado para conocer de determinado asunto (Blanco, 2009).

Así mismo Zuluaga (2004) define la competencia como “la facultad que tiene un juez o Tribunal para ejercer la jurisdicción, por autoridad de la ley, en determinado negocio o asunto. También puede definirse como la facultad de administrar justicia en un caso o controversia determinada”

Jurisprudencial y doctrinalmente se han establecido unos factores para determinar la competencia, los cuales señalan de manera conjunta y complementaria quien es el Juez que debe conocer un determinado asunto, por ello se habla del factor objetivo (naturaleza del asunto y cuantía), el factor subjetivo (hace referencia a la calidad de las personas), factor funcional (se designa teniendo en cuenta la jerarquía de los jueces), factor territorial (se determina teniendo en cuenta el sitio o lugar donde debe adelantarse el proceso), factor de conexión (sirve para determinar la competencia cuando existen pretensiones entre las cuales concurre algún elemento de enlace que permite su solución a través de un proceso).

2. Naturaleza Jurídica De Las Decisiones De Despido, Traslado Y Desmejora

2.1. La Subordinación y El Ius Variandi

Dentro de la relación laboral existen unos elementos que la diferencian de otro tipo de relaciones entre personas, como es el caso de las relaciones civiles o comerciales.

Uno de estos elementos esenciales o determinantes de la relación laboral de acuerdo al artículo 23 del CST, es la Subordinación, la cual ha sido entendida por nuestra Honorable Corte Constitucional como:

La existencia de una relación jurídica de dependencia, la cual se manifiesta principalmente entre Trabajadores y patronos, o entre estudiantes y profesores o directivos de un plantel educativo”, esta relación de dependencia entre trabajador y empleador conlleva la posibilidad de que el trabajador se someta y obedezca las decisiones de su empleador, facultando a este último para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos (Corte Constitucional. (5 de febrero de 2016). Sentencia T 029 de 2016, Mp. Alberto Rojas Ríos).

Esa potestad que tiene el empleador de variar o modificar algunas condiciones de la relación laboral, tiene su límite, que consiste en que no se pueden afectar el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

De la misma manera en desarrollo de la relación laboral legal y reglamentaria que vincula a un funcionario público con derechos de carrera administrativa, y más aún cuando este cuenta con fuero sindical, es factible que varíen las condiciones originales del empleo que este ocupa; es decir, que tengan que cambiar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que era prestado el servicio por parte del funcionario.

Quien ordena el traslado, posee implícita la facultad denominada en el ámbito laboral, como *ius variandi*, la cual es considerada como aquella potestad que tiene el empleador de modificar unilateralmente algunos aspectos de las condiciones laborales inicialmente pactadas con sus trabajadores, justificado en buena medida en la condición de subordinación o dependencia que tienen estos frente a su empleador. Así, el empleador sea público o privado estará facultado para exigir de sus empleados el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, así como de establecer la forma en que han de prestar su fuerza de trabajo, el tiempo durante el cual deben hacerlo, además de asignarles la cantidad de trabajo que considere pertinente, y de someterlos al cumplimiento de reglamentos de trabajo. Si bien el empleador tiene gran amplitud para ejercer la potestad modificatoria de las condiciones laborales de sus trabajadores en ejercicio del *ius variandi*, esta potestad no es absoluta, y encuentra límites precisos en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales son de orden Constitucional, legal y reglamentario, a saber: los derechos fundamentales y los principios mínimos del trabajo consagrados en la Constitución Política, el Sistema General de Carrera Administrativa y por último las normas sobre administración de personal en el sector público.

En coherencia con lo anterior, la Corte Constitucional, en otro pronunciamiento ha indicado que el *Ius variandi* no es absoluto y tiene límites constitucionales:

La facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. La aplicación del *ius variandi* debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador. Todo cambio en las condiciones territoriales de un contrato laboral debe estar ajustado a la necesidad del servicio (Corte Constitucional. (13 de junio de 2013). Sentencia T 338 de 2013. [Mp. Alberto Rojas Ruiz]).

En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en donde se debe dar la prestación laboral."

De lo anterior se desprende que los traslados o desmejoras que haga el empleador, así mismo los despidos de los trabajadores, deben realizarse respetando en todo caso, las garantías constitucionales y legales y los derechos mínimos e irrenunciables de todo trabajador.

En el presente trabajo y luego de haber estudiado en el capítulo anterior los conceptos de fuero sindical, empleados públicos, jurisdicción y competencia, nos centraremos en estudiar la naturaleza jurídica de las decisiones de despido, traslado y desmejora, proferidas por la administración pública dentro de una relación legal y reglamentaria de un empleado público, que goza de la garantía del fuero sindical.

Y es que resulta pertinente aclarar que si bien el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece de manera clara que la Jurisdicción del Trabajo conoce de las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, no es menos cierto que tratándose de empleados públicos la entidad debe proferir un acto administrativo para declarar el retiro, el traslado o la desmejora, o en caso de que la desmejora ocurra por vías de hecho, el empleado público desmejorado deberá acudir ante la administración a presentar la “*RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA*” de que trata el artículo 6 del Código procesal del Trabajo, como requisito de procedibilidad de las acciones contra entidades públicas, lo cual conlleva a que se expida por parte de la administración, un acto administrativo real o ficto.

En ese contexto y bajo el supuesto de que la entidad pública profiera un acto administrativo en el que despida (retire), traslade o desmejore al empleado público, sin solicitar previamente el levantamiento del fuero sindical, trataremos de determinar cuál es la naturaleza jurídica de dichas decisiones, para luego en los capítulos siguientes, resolver la pregunta problema planteada, y definir si este tipo de actos pueden ser demandados ante el Juez Contencioso administrativo a través del medio de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho, o se deberá demandar siempre ante el Juez del Trabajo a través de la denominada acción de reintegro.

2.2. El Traslado, La Desmejora y El Retiro

El traslado es una forma de provisión definitiva de los empleos públicos, de acuerdo con el Decreto 1950 de 1973 y el artículo 2.2.5.9.2. del Decreto 1083 del 2015 (Decreto Único Reglamentario de la Función Pública), el que ocurre cuando se provee un cargo en vacancia definitiva con un empleado en servicio activo, observando que el empleo a proveer tenga 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.

De acuerdo con las normas de la cita, las características del traslado son las siguientes:

1. El cargo al que se va a trasladar el empleado debe estar vacante en forma definitiva, 2. Los empleos deben ser de la misma categoría y tener funciones y requisitos afines o similares, 3. Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, 4. Para realizar los traslados entre entidades, los jefes de cada una de estas deberán autorizarlos mediante acto administrativo, 5. El traslado se puede hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado. 6. Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los funcionarios interesados, siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio. 7. Se deben conservar los derechos de carrera y de antigüedad en el servicio.

De acuerdo a lo anterior debe quedar claro, que el traslado de un empleado público procede siempre que exista una necesidad del servicio, y que dicha situación no implique una desmejora al empleado en sus condiciones laborales, salariales y personales, especialmente en lo relacionado con la estabilidad de su núcleo familiar, salud y educación entre otros.

Al lado de la figura del traslado se encuentra una situación que si bien no implica técnicamente “TRASLADO”, si conlleva un movimiento interno de personal, se trata DE LA REUBICACIÓN DE EMPLEOS, la cual es una figura utilizada por la administración que tiene como finalidad ubicar el personal y distribuir los empleos en las áreas que se requieran dentro de las plantas de personal global, de acuerdo con los perfiles requeridos para el ejercicio de las funciones, la organización interna, las necesidades del servicio y los planes, programas y proyectos trazados por la entidad.

En relación como la desmejora, tal como se mencionó en el sub título anterior, el empleador con base en el elemento “SUBORDINACIÓN” de la relación laboral, tiene la posibilidad de que el trabajador se someta y obedezca las decisiones de su empleador, facultando a este último para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

Sin embargo esa potestad que tiene el empleador de variar o modificar algunas condiciones de la relación laboral, tiene su límite, que consiste en que no se pueden afectar el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

En lo que respecta al retiro del servicio, este implica la cesación del ejercicio de funciones públicas.

Las causales de retiro del servicio se encuentran contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y el 2.2.11.1.1. Del Decreto 1083 del 2015 (Decreto Único Reglamentario de la Función Pública), para los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera Administrativa, las cuales son las siguientes:

- 1). Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
- 2). Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.
- 3). Renuncia regularmente aceptada.
- 4). Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.
- 5).

Invalidez absoluta. 6). Edad de retiro forzoso. 7). Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario. 8). Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. 9). Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen. 10). Orden o decisión judicial. 11). Supresión del empleo. 12). Muerte. 13). Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Todas estas causales deben realizarse en el marco de la legalidad y respetando las garantías y derechos de las personas.

2.3. El Acto Administrativo

Nuestra Honorable Corte Constitucional se refiere al acto administrativo como: “El acto administrativo, ha sido definido como ‘La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria’” (Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2009). Sentencia T 945 de 2009, Mp. Mauricio Gonzales Cuervo).

Para Gordillo (2010) el Acto Administrativo es “toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata.” En este sentido quedan excluidos los actos de la administración puramente materiales, por ejemplo redacción de un oficio. (p. 8)

De lo anterior se puede entender que un acto administrativo es la manifestación unilateral de la administración en aras de producir efectos jurídicos.

La unilateralidad como característica esencial del acto administrativo, es lo que lo distingue de figuras jurídicas como los contratos. Es decir mientras que un acto unilateral se denota solo la voluntad de la administración, el contrato requiere como mínimo de dos voluntades.

Por su parte Enterría (2014) se refiere también al acto administrativo “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria”.

La potestad Administrativa indica entonces, que el acto administrativo sea realizado bajo un margen de estricta legalidad, sin sobrepasar al ordenamiento jurídico que lo rodea, no puede existir un acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea, el acto administrativo es esencialmente típico desde el punto de vista legal.

Nuestra Honorable Corte Constitucional considera el “acto administrativo” como: “un acto jurídico no material de carácter unilateral, de voluntad o de juicio; procede de la administración pública; dispone de presunción de validez y de fuerza para obligar a aquellos ciudadanos que queden afectados por las declaraciones que contiene; y el órgano administrativo del que proceda ha de ampararse en el ordenamiento jurídico a los efectos de legitimar y fundar su actuación”.

Como se puede ver la administración pública se expresa mediante actos administrativos, los cuales expresan su voluntad, esta expresión de voluntad puede conllevar entre otros aspectos, definir una situación administrativa, variar o modificar las situaciones laborales, o incluso retirar al empleado público.

3.0. Establecer Si Las Demandas Contra Actos Administrativos Son Del Conocimiento Exclusivo De La Jurisdicción De Lo Contencioso Administrativa

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, es la disposición que verdaderamente define el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque delimita el alcance de sus competencias, en su primera parte regula en forma general los asuntos que son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo y en su segunda parte trata de forma más específica siete procesos que también son de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro de los cuales encontramos el numeral cuarto, el cual hace alusión a la relación legal y reglamentaria de los servidores públicos, en los siguientes términos:

Art. 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos, 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen este administrado por una persona de derecho público”.

Según el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá DC., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), Varias ideas rectoras explican esta disposición, que se combinan entre sí para concretar el objeto de la jurisdicción que por esa misma estructura ya se advierte complejo en su alcance, o por lo menos en su interpretación-, y que se distinguen mejor de la siguiente manera: El propósito central de la norma es definir de qué conoce y de qué no conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En lo que respecta al encabezado del artículo 104 de la ley 1437 “ la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer: de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que

estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, Conforme a esta condición, las controversias que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben tener por causa un “acto, contrato, hecho, omisión u operación.

Desde este punto de vista, no se perciben diferencias entre el Decreto-ley 01 de 1984 incluidas sus reformas y el CPACA, porque ambos construyeron uno de los criterios no el único para definir la jurisdicción sobre la misma base material. Esta continuidad fáctica de la acción judicial, sin duda, facilita la comprensión de la nueva norma, gracias al entendimiento que se tiene de estos mismos conceptos, en virtud de la legislación que hasta ahora sigue vigente. De manera que concretar qué es un acto administrativo, un contrato, un hecho, una omisión o una operación administrativa, parcialmente será producto de la construcción conceptual que ya existe en el presente trabajo, a continuación de manera muy somera se traerá a colación los conceptos de actos administrativos, hechos, omisiones y operaciones administrativa.

La definición por excelencia de acto administrativo como bien se manifestó en el capítulo anterior implica una expresión de voluntad de la Administración que surte o busca surtir efectos jurídicos. Las actuaciones administrativas evidencian de una u otra manera las potestades o poderes de que están investidas las entidades o administraciones públicas quienes ejercen esas potestades a través de actos administrativos.

Ahora bien, existen ciertas actuaciones que no constituyen actos administrativos y estas son los siguientes:

- **Hechos administrativos:** Se consideran como tal, todos los sucesos provenientes de la administración que aunque causan una consecuencia jurídica sobre una persona, un bien o sobre sí, no traen inmersa una intención previa de realizarla. En esta instancia, recalamos la importancia de la voluntad como uno de los factores determinantes para establecer cuando se está en presencia de un acto administrativo o no.
- **Operaciones administrativas:** consideradas como actos de ejecución, se enmarcan en aquellas actuaciones procedentes de la administración que se presentan como consecuencia de una decisión tomada por ella a través de un acto administrativo. Por tanto,

estas operaciones a pesar de constituirse en la materialización de la voluntad del ente público, no son actos administrativos como tal.

- **Omisiones Administrativas:** Se constituyen cuando existiendo obligaciones en cabeza de la administración, ésta no las ejecuta y por tanto su omisión trae consigo consecuencias jurídicas.

Ahora bien todas las anteriores actuaciones de las autoridades públicas deben someterse a las regulaciones previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o en las leyes que se dicten para casos de procedimientos especiales; ello significa que la actividad de la Administración Pública está determinada por las regulaciones de procedimiento administrativo preexistentes, que no son otra cosa que la expresión del principio del debido proceso, que con el rango de derecho fundamental se consagra en la Constitución. Las entidades del Estado deben obediencia al derecho y a la legalidad en sentido estricto, circunstancia que implica que cualquier procedimiento administrativo deba ajustarse al criterios de legalidad, para evitar la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y en última instancia la anarquía administrativa; evidenciando ausencia en las potestades discrecionales de las administraciones públicas, por el imperioso sometimiento de su actividad a la ley. (Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín- Ciro Nolberto Güecho Medina).

El Consejo de Estado, ha precisado que el acto administrativo es «toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de junio de 2011, consejera ponente: Dra. María Elizabeth García González, expediente 2005-00519-01, actor: Municipio de Pereira) En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo:

- i) Constituye una declaración unilateral de voluntad.
- ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares.
- iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante.
- iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica

general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, sentencia de 10 de abril de 2008, radicado: 25000 2324 000 2002 00583 01).

Igualmente, esta Corporación ha precisado que los actos administrativos que son pasibles de control Jurisdiccional son aquellos catalogados como definitivos, esto es, “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. (Ley 1437, 2011, Artículo 43).

Es oportuno indicar, que los actos definitivos pueden ser expresos o fictos, estos últimos se configuran ante la falta de pronunciamiento del funcionario competente dentro de una determinada actuación administrativa. En efecto, cuando las autoridades públicas omiten el deber de expedir actos expresos con el fin de culminar los procedimientos administrativos, el legislador establece la ficción de una respuesta negativa o positiva a lo solicitado por los peticionarios con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia. Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación en los siguientes términos:

La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable” (Silencio administrativo negativo. Dirección de notificación. Acto ficto positivo. Legislador tributario., 2014).

La jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente se ocupa del estudio de los actos definitivos, expresos o fictos, que culminen un procedimiento administrativo, en la medida en que se presumen legales, gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad e impactan las relaciones de las personas naturales y jurídicas, sus derechos y obligaciones. En consecuencia, el control judicial de las decisiones administrativas definitivas se torna obligatorio dentro de un estado social de derecho en aras de garantizar los valores constitucionales, el imperio de la legalidad, la validez de las decisiones administrativas y los derechos subjetivos de los asociados.

El juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para estudiar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 y 138 de la Ley 1437. el juicio de legalidad se guía por las causales de nulidad invocadas en la demanda, el juez puede y debe revisar aquellas causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de optimizar la tutela judicial efectiva, de máxima importancia al tratarse del ejercicio de la función pública que puede afectar de manera especialmente grave el derecho fundamental al trabajo y el debido proceso, en lo que respecta a los actos administrativos emitidos en pro de las acciones de fuero sindical en las cuales se ven inmerso los servidores públicos. Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba analizar en la actuación sobre todo lo relacionado con las demandas de actos administrativos de carácter general a través del medio de control de Nulidad simple y contra los actos administrativos de carácter particular por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Luego de revisar los conceptos precedentes y de llegar a la conclusión de que las demandas contra actos administrativos son del conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, nos corresponde determinar si existe o no, antinomia entre las normas que otorgan competencia a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de las controversias y litigios originados en actos en los que estén involucradas las entidades públicas; y el artículo 2 del CPL. Que otorga competencia a la Jurisdicción Ordinaria Laboral para conocer de todas las acciones sobre fuero sindical cualquiera que sea la naturaleza de la relación laboral.

4.0. Antinomias En Materia De Competencias Sobre La Acción Del Fuero Sindical

Para resolver lo anterior debemos tener claro que la ANTINOMIA, es la contradicción real o aparente entre dos leyes, o entre dos pasajes de una misma ley (Caballenas, 1997) o como lo dice (Caballenas, 1997), son opugnaciones entre normas superiores o inferiores y entre las que ocupan un mismo nivel; el mismo autor propone tres criterios fundamentales para resolver las antinomias a saber: cronológico, jerárquico y de la especialidad.

El criterio cronológico, conocido también como el de la *lex posterior*, encuentra su armadura defensiva en el aforismo de la *lex posterior derogat priori*, o sea que entre dos normas incompatibles prevalece la posterior. La legislación de nuestro país conserva esta regla en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887. En el criterio jerárquico o de *lex superior*, también establecido, determina que en la incompatibilidad entre dos normas prevalece la de mayor jerarquía: *lex superior derogat inferiori*. ‘La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo’. De todos modos, en nuestra legislación esta solución la hallamos establecida en la propia Constitución Política (Artículo 4°) y en los Artículos 5° de la Ley 57 de 1887 y 9° de la Ley 153 de 1887. El tercer criterio, llamado de la *lex specialis*, nos advierte categóricamente que entre dos normas incompatibles, la una general y la otra especial –o excepcional– prevalece la segunda de las nombradas: *lex specialis derogat generali*.

En el presente caso, consideramos que no existe antinomia en las normas que conceden competencia para conocer de demandas contra actos administrativos en el que se desmejore, se retire o se traslade a un empleado público amparado con fuero sindical, (artículo 2 del C.P.L y ley 1437 de 2011), sin embargo proponemos que con base en los principios de favorabilidad, *in dubio pro operario*, condición más beneficiosa, *Pro HOMINE*, progresividad y no regresividad de los derechos sociales, se deberá aceptar que los actos administrativos que retiran, desmejoran o trasladan a un empleado público con fuero sindical, puedan ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa porque en algunos casos puede resultar más favorable para el trabajador, por las siguientes razones:

Lo primero para resaltar es que somos conocedores que desde la expedición de la ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, se llenó el vacío que existía sobre la defensa y protección del empleado público amparado con fuero sindical, pues la norma expresamente señaló: que la Jurisdicción del trabajo también conocerá de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos”, muy a pesar de que esta norma no era del todo clara en lo referente a las acciones sobre fuero, la ley 712 de 2001 fue más clara y como lo dice (CABRERA, 2016), esa “norma le entregó la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de todas las acciones derivadas del fuero sindical con indiferencia de que tal figura proteja a un trabajador privado, oficial e incluso a un empleado público, por eso dice cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral”

Así lo ha entendido nuestra Honorable Corte Constitucional, quien ha dispuesto en su reiterada jurisprudencia lo siguiente:

Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para otorgar el permiso para levantar el fuero sindical, sin importar la naturaleza de la relación laboral. En esta medida, “a la jurisdicción ordinaria laboral corresponde conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral”. El procedimiento que se debe seguir para el levantamiento del fuero sindical es el establecido en los artículos 113 a 118B del Código Procesal del Trabajo (Corte Constitucional. (28 de mayo de 2010). Sentencia T 424 de 2010. [Mp. Juan Carlos Henao Pérez].

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado también ha declarado la falta de competencia para conocer sobre demandas contra actos de retiro de empleados públicos amparados por fuero sindical, tal es el caso de la sentencia del 3 de febrero de 2011, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación: 05001-23-31-000-2001-01565-02(1861-10), en la que se expresó:

En esas condiciones no hay lugar al reintegro de empleados públicos que gocen de fuero sindical cuando la terminación del vínculo laboral se debe a la supresión del cargo como

consecuencia de la liquidación de una dependencia que se produce en el marco de un proceso de reestructuración administrativa, pues en todo caso prevalece el interés general, más aún cuando se trata de acciones sobre fuero sindical a las que se refiere el Código Procesal del Trabajo, esta Jurisdicción no es competente para conocer del asunto, sino la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los términos ya indicados, por lo que no está llamado a prosperar éste cargo.

Sin embargo a lo anterior, también nos hemos encontrado con providencias de Tribunales Administrativos del país y providencias del Honorable Consejo de Estado, en las que se tramita y decide mediante el medio de control denominado nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad del acto de retiro del empleado público amparado con fuero, precisamente alegando la violación al debido proceso por que no se pidió la declaración al juez laboral para su retiro; entre otras razones porque los órganos judiciales consideran que cuando la controversia sobre el fuero se encuentra inmersa en el acto administrativo que suprime o declara una insubsistencia, ellos son competentes, en razón del conocimiento que le corresponde sobre la legalidad de los actos administrativos.

Un ejemplo de estas decisiones fue la tomada por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección segunda - Subsección A, con ponencia del Dr ALBERTO ARANGO MANTILLA, de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dos (2002), en la que se expresó:

Sin duda, que uno de los argumentos del demandante sea la vulneración del fuero sindical, no implica que esta jurisdicción pierda la competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos acusados por los demás motivos inicialmente indicados. El asunto dejado en manos de la jurisdicción ordinaria laboral no implica que ella esté facultada para determinar si los actos administrativos están viciados por violación de la ley, falsa motivación o desviación de poder, ello es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. La competencia del juez ordinario laboral se limita a determinar si se desconocieron las prerrogativas del fuero sindical. Así lo concluyó esta Sección con ponencia del CONSEJERO DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, auto de marzo dos (2) de dos mil (2000), Expediente 477 (2811-99), Actor: GERMAN HUMBERTO GARCIA DELGADO. Dijo allí:

Con base en una interpretación histórica, genética y sistemática de la preceptiva jurídica que gobierna la materia, para la Sala resulta claro que la justicia ordinaria laboral goza únicamente de la potestad de conocer de todos los asuntos sobre fuero sindical afecten a los empleados públicos, pero únicamente en lo que expresamente defirió el legislador, lo demás corresponde a esta jurisdicción de lo contencioso administrativo que es el juez natural de los actos administrativos. (Expediente 477 2811-99).

De la misma manera la Sección Segunda Subsección B. Sent. 19 de julio de 2007. Rad. 25000-23-25-000-2001-09123-01(3935-05) con ponencia del magistrado JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE e Igualmente la Sentencia de fecha 21 de junio de 2007. Rad. L25000-23-25-000-2001-08983-01 (4838-05) con ponencia del magistrado ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, se expresó sobre el asunto que

La Sala comparte, en principio, el criterio expresado por el Tribunal en el sentido de que las controversias relativas al fuero sindical son materia del Juez Laboral Ordinario. Sin embargo, cuando la reclamación por fuero sindical se encuentra inmersa en un acto administrativo de supresión de empleo es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque le corresponde a ella conocer sobre la legalidad de los actos administrativos

Bajo las anteriores premisas, Tribunales como el del Huila en sentencia de fecha enero veintiuno (21) de dos mil nueve (2009) con ponencia del Magistrado DR. JOSE MARCELINO TRIANA PERDOMO, radicado 41 001 2331000 200100758-02 (2007-55) y el de CASANARE en sentencia de 26 de octubre de 2016, con ponencia del magistrado NESTOR TRUJILLO GONZALEZ, RADICADO 850013333002-201400314-01, conocieron y tramitaron demandas a través del medio de control denominado Nulidad Y restablecimiento del derecho, con el objeto de anular el acto administrativo que retiraba a un empleado público amparado por fuero sindical y su el reintegro al cargo desempeñado.

Nuestra Honorable Corte Constitucional antes de la expedición de la ley 712 de 2001 que modificó el artículo 2 del CPL, había expresado en la sentencia T-297 de 1994 con ponencia del DR ANTONIO BARRERA CARBONELL,

De lo expuesto se concluye, que la administración no necesita acudir previamente ante el juez ordinario laboral para adoptar medidas administrativas como las contempladas en el art. 405 del C.S.T., en relación con empleados públicos amparados por el fuero sindical; pero teniendo en cuenta que los actos administrativos que profiera afectan los derechos de una persona y los de la organización sindical, deben ser motivados, no sólo porque así lo exige el art. 35 del C.C.A. sino con el fin de garantizar el adecuado control posterior por el juez administrativo, que debe pronunciarse sobre la justa causa invocada por la administración al adoptar la decisión.

Consecuente con lo anterior, la justa causa a que alude el art. 405, en cita, la invoca y la justifica la administración en el acto administrativo en que adopta la decisión, pero dicho acto está sujeto al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues la referencia a la intervención del juez laboral en los casos de despido, traslado o desmejora de las condiciones laborales de un trabajador, debe entenderse como la del competente juez laboral, que en tratándose de empleados públicos es el Tribunal Administrativo del lugar donde se prestó el servicio (sentencia T-297 de 1994).

Lo que planteamos en este trabajo es que si bien el artículo 2 del CPL modificado por la ley 712 de 2001 expresa con claridad que la jurisdicción competente para conocer de las acciones sobre fuero sindical que tengan como objeto controvertir las decisiones de despidos, desmejoras o traslados de los servidores públicos, es la jurisdicción del trabajo y la seguridad social, no es menos cierto que el empleado público amparado con fuero que es retirado, trasladado o desmejorado puede a su criterio, o bien demandar el reintegro ante el Juez laboral o demandar la nulidad del acto de retiro, traslado o desmejora ante el Juez contencioso, buscando en todo caso el reintegro o restablecimiento de sus derechos.

Y es que precisamente en algunas ocasiones resulta más favorable para el empleado público retirado acudir a la Jurisdicción contenciosa que a la laboral, si tenemos en cuenta por ejemplo que el termino para presentar demanda en materia contenciosa es de 4 meses contados a partir del

día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, en cambio que el termino para demandar ante el Juez laboral es de dos (2) meses contado desde la fecha de despido, traslado o desmejora.

En esta simple comparación se denota que para efectos de accionar, al empleado público retirado, trasladado o desmejorado, amparado con fuero, le resulta más favorable acudir ante el Juez contencioso en razón a que tiene dos meses más para preparar su demanda, o peor aún, si por cualquier motivo dejara pasar el término de dos meses para accionar, pierde toda posibilidad de reintegrarse al cargo del que fue retirado, sin embargo con la acción ante el contencioso, ese término para demandar se amplía en dos meses más.

En un caso hipotético en donde el empleado público previamente a demandar, presente la reclamación administrativa y la entidad no le responda, tenemos dos situaciones que varían drásticamente la expectativa del empleado al momento de accionar, si tenemos en cuenta lo siguiente; si nos vamos en ejercicio de la Acción de Fuero sindical por reintegro ante el juez laboral, tenemos que de acuerdo al artículo 6 si la administración no contesta en un mes, se entiende agotado dicho requisito, y como quiera que el artículo 118 A del mismo estatuto, establece que durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo, esto implicaría que en todo caso el actor contaría con un término máximo de tres meses para demandar.

Ahora bien la misma situación planteada en la que la administración no contesta la reclamación administrativa, y se entiende configurado el acto ficto o presunto, la ley 1437 de 2011 en su artículo 164 literal d, considera que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo cuando la demanda se dirija contra actos producto del silencio administrativo.

Por ello la misma circunstancia podría conllevar a una situación muchísimo más favorable al trabajador publico amparado por fuero que es retirado, trasladado o desmejorado, si decide acudir ante la jurisdicción contenciosa para demandar su reintegro.

Consideramos y reiteramos que si bien la norma del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, establece de manera clara que los procesos de fuero sindical son de conocimiento

de esa jurisdicción, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, consideramos que el empleado público retirado, desmejorado o trasladado puede o bien acudir al Juez laboral a través de la acción de fuero contemplada en los artículos 113 a 118 del CPL, o acudir a través del medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Juez Contencioso administrativo, utilizando como causal de anulación del acto entre otros, la violación al debido proceso, porque fue retirado sin previamente solicitar la autorización judicial exigida por el artículo 405 del CST.

Y es que como se explicó anteriormente, en algunas ocasiones resulta más favorable para el empleado público retirado y amparado con fuero, demandar ante la Jurisdicción Contenciosa que acudir ante el Juez laboral, por ello amparado en los principios consagrados en el artículo 53 constitucional, tales como el de la norma más favorable o favorabilidad, Condición jurídica más beneficiosa, o el in dubio pro operario, proponemos el proceso contencioso administrativo para lograr anular el acto administrativo de retiro, traslado o desmejora y lograr el reintegro con sus condenas consecuenciales.

Sobre estos principios se pronunció nuestra Honorable Corte en la sentencia T-90 de 2009, en la que expresó:

13. De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el imperativo que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Según ha señalado la Corte, un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura y se duda cuál de estas se debe aplicar al caso concreto. Cuando la discusión involucra los derechos de los(as) trabajadores(as), por mandato constitucional se debe seleccionar entre dos o más entendimientos posibles de una norma aquel que favorece al trabajador(a) y no el que lo(a) desfavorece o perjudica. 14. Según la jurisprudencia constitucional, el principio de favorabilidad tiene dos elementos: i) la noción de duda ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y ii) la noción de interpretaciones concurrentes (Corte Constitucional. Sentencia T 909 de 2009. [Humberto Sierra Porto]).

Sobre el primer elemento, la Corte ha indicado que “la duda debe revestir un carácter de seriedad y objetividad” y que estas características “dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones” y de su “fundamentación y solidez jurídica”.

Respecto del segundo elemento, la Corte ha advertido que las interpretaciones que generan duda deben, además;

ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.

En materia universal y tratándose de Derechos Humanos se ha establecido el principio Pro Homine, el cual quedó definido por nuestra Honorable Corte Constitucional en sentencia T191 de 2009, cuando expresó: “el principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades (sentencia T191 de 2009).

Para el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta que en algunas ocasiones resulta más favorable demandar ante el Juez contencioso Administrativo que ante el laboral, consideramos que bajo el amparo de los principios mencionados los cuales tienen gran relevancia en el ámbito universal, ya que se trata de la protección o garantías del derecho humano de asociación, el empleado público aforado y retirado sin autorización del juez del trabajo, puede acudir ante el Juez contencioso administrativo a demandar el acto de retiro traslado o desmejora, cuando le resulte más favorable.

Conclusiones

Frente al primer planteamiento logramos establecer las garantías con las que cuentan los trabajadores cuando pertenecen a un sindicato, una de los primeros derechos que adquieren es la protección con respecto al empleador para que no desmejore sus condiciones laborales sin tener una justa causa, el fundamento de este derecho que adquieren los trabajadores tiene como fuente la constitución, los tratados y convenios ratificados por el nuestro ordenamiento. Estamos frente a uno de los derechos que mayores garantías tienen tanto en el ámbito jurídico nacional e internacional y representa uno de los mayores avances en cuanto a representatividad por parte de un grupo de personas frente al empleador, observamos además que los trabajadores al momento de fundar el sindicato, automáticamente se hacen acreedores de una serie de garantías que les otorga el llamado fuero sindical y el fuero circunstancial, todas estas cauciones recaen sobre los trabajadores y para el caso de los servidores públicos se exceptúan a los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, con lo anterior vimos que el termino de empleado público no se encuentra debidamente conceptualizado dentro del ordenamiento pero que para efectos de la investigación consideramos como empleado a todo aquel que se posesiona de acuerdo a los requisitos legales y en cumplimiento de funciones preestablecidas por la ley.

En cuanto al asunto de la jurisdicción y la competencia encontramos que se trata de una de las principales garantías del estado social de derecho y es la que permite que los conflictos en este caso de tipo laboral sean por jurisdicción laboral o contenciosa administrativa se puedan ventilar bajo las garantías constitucionales y normatividad ordenaría. Es sabido que el *Ius variandi*, no es una potestad absoluta con la que cuenta el empleador y debe tener unas justificaciones precisas para que no se entre en ilegalidad y violación de garantías mínimas del trabajador, cuando se presentan este tipo de irregularidades el empleado público debe acudir ante el juez laboral siempre y cuando medie el acto administrativo en caso de se trate de un acto por vía de hecho primero le asiste la facultad de acudir ante el contencioso administrativo para que produzca un acto administrativo real o ficto.

En ese sentido se sentó la base de que el acto administrativo es el que termina por modificar la situación laboral del empleado público y a su vez determina el curso que debe seguir la demanda del empleado público, que en principio se debe ceñir a la jurisdicción contencioso administrativa pero en el análisis de antinomia también puede recaer en la jurisdicción laboral en tratándose del fuero sindical de un empleado público.

Finalmente cuando se produce el despido de un empleado público protegido con fuero sindical este cuenta con dos vías para abordar el acto administrativo, teniendo la jurisdicción laboral y la jurisdicción contenciosa administrativa, la ley 712 de 2001 es taxativa al endilgar este tipo de asuntos al Juez Laboral y de que en algunos casos el Consejo de Estado ha declarado su incompetencia para conocer de controversias en donde el empleado público este amparado por fuero sindical, este si puede acudir a dicha jurisdicción alegando violación al debido proceso cuando no se pide declaración del Juez Laboral para el retiro del empleado público y por razón a que en el contencioso se entrara a estudiar la legalidad del acto administrativo, con esto se concluye que el trabajador tiene a su criterio la elección de la jurisdicción para ventilar su proceso, teniendo termino de 2 meses a partir de la fecha de despido, desmejora o traslado por medio del Juez laboral y en materia contenciosa cuenta con 4 meses para demandar la nulidad del acto de retiro, lo cual en definitiva le resulta más ventajoso al empleado público acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Referencias Bibliográficas

- Blanco, H. F. (2009). *Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*. Bogotá D.C Colombia: DUPRE Editores.
- Cabanellas, G. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabrera, F. V. (2016). *La Oralidad Laboral*. Medellín Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.
- Cabrera, f. v. (2016). *la oralidad laboral*. medellin - colombia: librería jurídica sanchez r ltda.
- Código Sustantivo del Trabajo* (2018). Recuperado el 12 de Diciembre de 2018, de VLEX Colombia: <https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#/vid/codigo-sustantivo-trabajo-42845853>
- Congreso de la Republica. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. D.O.N. 47.956.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Radicación número:13001-23-31-000-2007-00251-01(19553) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta 30 de Abril de 2014).
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 1993). Sentencia C 593 de 1993. [Mp. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (17 de febrero de 2009). Sentencia T 909 de 2009. [Mp. Humberto Sierra Porto]
- Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2009). Sentencia T 945 de 2009. [Mp. Mauricio Gonzales Cuervo].
- Corte Constitucional. (28 de mayo de 2010). Sentencia T 424 de 2010. [Mp. Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional. (13 de junio de 2013). Sentencia T 338 de 2013. [Mp. Alberto Rojas Ruiz].
- Corte Constitucional. (5 de febrero de 2016). Sentencia T 029 de 2016. [Mp. Alberto Rojas Ríos].

Decreto 1983 de 2015. Recuperado de
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=62866

Organización Internacional del Trabajo (O.I.T, 1948), *Convenio 87 de 1948 - ratificado por Colombia mediante la ley 26 de 1976.*

Peña, R. E. (2011). *Teoría General del Derecho*. Bogotá - Colombia: Ecoe ediciones.

Presidencia de la Republica. (4 de septiembre de 1965). Por medio del cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto 2531 de 1965]. D.O.N. 31.754.

T-424-2010, T-424-2010 (CORTE CONSTITUCIONAL 28 de MAYO de 2010).

Zuluaga, G. B. (2004). *Guía Teórica y Práctica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Medellín Colombia: Gustavo Ibañez