

SENTENCIA C-033/21 (18 de febrero)

M.P. Alejandro Linares Cantillo

Expediente D-13667

Retiro de servidores públicos de la DIAN con fuero sindical en determinadas situaciones, sin necesidad de autorización judicial

LA CORTE CONSTITUCIONAL ENCONTRÓ QUE LA DESVINCULACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO DE LA DIAN, PROTEGIDO POR EL FUERO SINDICAL, NO REQUIERE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA CUANDO SE TRATE DE EJECUTAR UNA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA PROFERIDA POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN O CUANDO SE TRATE DE UNA INHABILIDAD SOBREVINIENTE DERIVADA DE UNA DECISIÓN DE UN ÓRGANO DE CONTROL

1. Norma objeto de control constitucional

La demanda se dirigió contra **los numerales 2, 4 y 5 del artículo 144 del Decreto 071 de 2020**, “Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN”. Las disposiciones acusadas establecen tres hipótesis en las cuales el servidor de esta entidad con fuero sindical, puede ser retirado del servicio sin autorización judicial previa, cuando (i) el cargo de carrera deba ser provisto por lista de elegibles y el servidor no ocupe en la misma un lugar que le permita ser nombrado en orden de mérito; (ii) cuando exista destitución por sanción disciplinaria ejecutoriada; y (iii) inhabilidad sobreviniente.

2. Decisión

Primero. - **ESTARSE A LO RESUELTO** en las sentencias C-1119 de 2005 y C-1175 de 2005, en lo que respecta al numeral 2º del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, y por ende declararlo **EXEQUIBLE**, frente al cargo de desconocimiento del artículo 39 de la Constitución.

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

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

3. Síntesis de los fundamentos

La demandante consideró que los numerales acusados desconocen el artículo 39 de la Constitución, en donde se prevé la garantía del fuero sindical y que implica que el despido, modificación de las condiciones de trabajo o el traslado del lugar donde cumple sus funciones, deben ser autorizados previamente por el juez laboral, quien debe examinar si existe o no justa causa. Alegaba la ciudadana que relevar, en una norma de rango legal, de la carga de obtener el levantamiento del fuero sindical, constituye por sí mismo una violación del artículo 39 de la Constitución. Igualmente alegaba que dichas normas desconocen, además, el artículo 93 de la Constitución, considerando que contrarían los artículos 1 de los convenios 087 y 098 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

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

Igualmente, identificó esta corporación que, en lo que respecta a la norma prevista en el numeral 2 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020, que autoriza a desvincular al servidor público aforado, en aplicación de razones derivadas del concurso de méritos, existe cosa juzgada material, que se predica de las sentencias C-1119 de 2005 y C-1175 de 2005, por lo que, respecto de tal norma, se estuvo a lo allí resuelto y, por consiguiente, declaró la exequibilidad de dicha norma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Salvamentos de voto

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvó parcialmente voto, al no compartir lo decidido respecto de los numerales 4 y 5 del artículo 144 del Decreto Ley 071 de 2020.

En primer lugar, discrepó de la decisión mayoritaria de declarar la exequibilidad condicionada del numeral 4 del artículo 144 del Decreto 071 de 2020 en el entendido de que sí será necesario solicitar y obtener el levantamiento del fuero sindical cuando la destitución disciplinaria sea adoptada por la oficina de control interno disciplinario de la misma entidad y, en segunda instancia, por el jefe de dicha entidad, situación que se consideró importante precisar con el fin de diferenciarla de las decisiones que eventualmente puedan adoptar la Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales que, al no ejercer superioridad jerárquica sobre los funcionarios sancionados, el retiro del servicio en cumplimiento de sus decisiones no requieren autorización judicial.

En opinión del magistrado Lizarazo, los argumentos utilizados para llegar a dicha conclusión resultan contraevidentes cuando advierten que los funcionarios de la oficina de control interno *“podría[n] utilizar sus potestades jerárquicas para afectar la libertad sindical”*, en tanto desconocen que el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 modificadorio del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, establece que: *“Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción. Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador (...)”*, de manera que también podría alegarse, a su respecto, la independencia de la que se dice gozar tanto la Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales.

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

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

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

Por su parte, el magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto frente a la decisión adoptada. Sustentó su disenso en los siguientes argumentos:

i) Manifestó que el cargo de la demanda que se había sustentado en el desconocimiento de los Convenios 87 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo cumplía con los requisitos para ser estudiado de mérito. Indicó que era claro que el fuero sindical tiene reconocimiento en el Artículo 1º del Convenio 98 de la OIT, debido a que es un mecanismo contra la discriminación, al asegurar una protección y remedio eficaz para ese tipo de actos. Sobre el particular, recordó que el Comité de Libertad Sindical ha precisado que los pronunciamientos judiciales ante los despidos o desvinculaciones son una de las alternativas más eficaces que permite salvaguardar el derecho de la asociación sindical y reparar las discriminaciones. Bajo esa óptica no se podía sostener que la demanda inobservaba la especificidad por usar como parámetro de constitucionalidad los mencionados tratados

ii) Para el magistrado Rojas, tampoco se configuraba la cosa juzgada en relación con la Sentencia C-1119 de 2005. Lo anterior, porque el Artículo 24.2

del Decreto Ley 760 de 2005 y el Artículo 114.2 del Decreto Ley 071 de 2020 son preceptos materialmente diferentes que poseen un contexto normativo distinto. Explicó que el enunciado demandado recoge nuevas hipótesis que permitirían desmejorar o desvincular a un servidor público protegido por el fuero sindical, por ejemplo, las situaciones administrativas de encargo o las comisiones. Así mismo, ese enunciado con fuerza de ley se encuentra en un sistema especial de carrera administrativa, particularidad que no sucedía en el Decreto Ley 760 de 2005. Así mismo, advirtió que la Sala Plena no había tenido en cuenta que, en la Sentencia C-1119 de 2005, jamás se incluyó el Convenio 135 de la OIT como parámetro de normativo del artículo 39 de la Constitución. Esos elementos hacían forzoso volver a realizar un estudio de validez sobre la prescripción acusada.

iii) Finalmente, el magistrado Rojas estimó que los condicionamientos fijados por la Corte Constitucional establecieron un estándar de protección inferior al que recoge el artículo 39 de la Constitución Política y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical¹. Preciso que el fuero sindical consiste en una revisión judicial de la desvinculación de un representante del sindicato. En efecto, la modulación del fallo vacía y desnaturaliza el fuero sindical, por cuanto permite a una autoridad administrativa terminar la relación legal y reglamentaria de un directivo del sindicato sin que hubiese mediado la autorización de un juez. Inclusive, denunció que los condicionamientos de la parte resolutoria de la sentencia avalan un poder omnímodo en cabeza de la Procuraduría General de la Nación que podría materializarse en la desvinculación de un representante del sindicato con fundamento en una causal subjetiva que podría prestarse para persecución política.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente
Corte Constitucional de Colombia

¹ Comité de Libertad Sindical, Recopilación de 2018, 372º informe, Caso núm. 2924, párrafo 78; 374º informe, Caso núm. 3030, párrafo 540; 377º informe, Caso núm. 3104, párrafo 110; y 378º informe, Caso núm. 3095, párrafo 800