

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN REINTEGRO PROMOVIDO POR LEONARDO PIÑEROS AYALA CONTRA MUNICIPIO DE MOSQUERA. Radicación No. 25286-31-05-001-**2020-00199**-02-03.

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Se emite la presente providencia conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, con el fin de resolver, en primer lugar, el recurso de queja presentado por la apoderada de la demandada contra el auto de la juez que negó la concesión de un recurso de apelación; y, en segundo lugar, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra el fallo proferido el 9 de agosto de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Funza, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir el siguiente:

AUTO

- 1.** El demandante instauró demanda especial de fuero sindical contra el municipio aquí demandado tendiente a obtener el reintegro al cargo que desempeñaba, u otro de igual o similar categoría *“y que el contrato de trabajo sea considerado sin solución de continuidad, por haber sido despedido cuando se encontraba amparado con el derecho de fuero sindical”*, y se condene al pago de los salarios causados desde la fecha del despido, esto es, desde el 3 de enero de 2020 hasta la fecha en que se efectúe el reintegro, a título de indemnización, y el pago de costas procesales (pág. 39-47 PDF 03).
- 2.** Como fundamento de sus pretensiones, manifestó el demandante que fue vinculado laboralmente al Municipio de Mosquera el 17 de mayo de 1994, mediante Decreto 035, para desempeñar actividades de *“barrendero”*; que el

salario devengado al momento del despido era la suma de \$1'783.380; agrega que la labor la ejecutó de manera personal, cumpliendo las instrucciones y el horario dispuesto por su empleador, sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención; señala que el municipio demandado dio por terminado su contrato de trabajo el 9 de agosto de 2019, según Decreto 711, y, aunque interpuso contra ese acto administrativo recurso de reposición, el mismo fue confirmado mediante Resolución 1210 del 18 de noviembre de 2019, la cual le fue notificada el 2 de enero de 2020; de otro lado, narra que al momento del despido se encontraba afiliado al Sindicato "SINTRAMUNICIPIOS CUNDINAMARCA", del cual era miembro principal y activo de la junta directiva en el cargo de primer suplente; designación que se realizó en asamblea general de fecha 29 de abril de 2019; por tanto, para la fecha del despido estaba amparado por fuero sindical.

3. La demanda se presentó el 2 de julio de 2020 (PDF 02), siendo admitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Funza mediante auto del 3 de septiembre del mismo año (PDF 10); igualmente, en ese proveído se ordenó la notificación del municipio demandado, del sindicato Sintramunicipios Cundinamarca, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público; y en atención a la solicitud de corrección radicada por el apoderado del demandante el 2 de febrero de **2021** (PDF 11), reiterada en escritos del 25 de mayo y 6 de septiembre del mismo año, el juzgado un año después, con auto del 24 de febrero de **2022** corrigió el auto admisorio, en el sentido de aclarar que el nombre correcto de la organización sindical es Sintramunicipios Seccional Mosquera Cundinamarca y ordenó su notificación (PDF 20).
4. Las diligencias de notificación personal se realizaron al municipio demandado y a la organización sindical, mediante correo electrónico de fecha 17 de agosto de 2022 (PDF 24 y 25).
5. El juzgado de conocimiento, mediante auto de fecha 14 de febrero de 2023, tuvo por notificado al municipio de Mosquera y al sindicato Sintramunicipios Seccional Mosquera Cundinamarca; requirió que por secretaría se efectuara la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; y señaló el 23 de febrero siguiente para audiencia de que trata el artículo 114 del CPTSS (PDF 27).

6. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se notificó el 23 de febrero de 2023 (PDF 28); ese mismo día el municipio de Mosquera presentó incidente de nulidad por indebida notificación (PDF 29); y, seguidamente, se celebró la audiencia programada, en la cual se negó la nulidad planteada (PDF 32), y si bien contra esa decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, la juez no repuso su proveído y esta Sala en providencia del 12 de abril de 2023, confirmó la decisión de primer grado.
7. Con auto del 13 de julio de 2023, el juzgado obedeció y cumplió lo resuelto por el superior, y señaló el 24 siguiente para continuar con la audiencia del artículo 114 del CPTSS (PDF 37); fecha en la que dio contestación el municipio demandado (PDF 39); sin embargo, la juez inadmitió tal respuesta para que se hiciera una *"relación pormenorizada de cada uno de los medios de prueba"*, concediéndole 5 días para el efecto y señaló el 9 de agosto de 2023 para continuar la diligencia (PDF 40); a su turno, el municipio allegó escrito de subsanación y, además, allegó un documento denominado *"SUBSANACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS"* (PDF 41).
8. En su contestación, el municipio de Mosquera se opuso a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos aceptó la relación laboral y sus extremos temporales, no obstante, aclaró que mediante decretos municipales emitidos en los años 1998, 2003, 2006 y 2013 se vinculó al actor en el cargo de auxiliar de servicios generales, en provisionalidad; luego, con Decreto 240 de 2017 se incorporó en el cargo de operario, en provisionalidad; y según Decreto 711 del 9 de agosto de 2019 se *"declaró insubsistente al demandante en el empleo denominado Operario Código 487, Grado 01 de la planta global de la citada Alcaldía, nombrado en provisionalidad"*, el cual goza de presunción de legalidad; señala que no tenía la obligación legal de solicitar autorización judicial para declarar insubsistente al demandante como quiera que *"el empleo público o cargo que el demandante ostentaba en la planta global de la citada Alcaldía, lo ocupaba en provisionalidad y dicho empleo público hizo parte del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 121 empleos, con 201 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Mosquera – Cundinamarca"*, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 24 del Decreto 760 de 2004, en el que se indica que *"no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él, y cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos"*

que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito", presupuestos que el demandante no cumplió. Propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas inexistencia de vulneración del fuero sindical al demandante, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe del demandante, carácter de empleado público en provisionalidad del demandante, falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, legalidad de los decretos expedidos por el municipio y caducidad. Finalmente, dice allegar las pruebas pedidas en la demanda y los documentos obrantes en la hoja de vida del actor en un total de 859 páginas (PDF 39).

9. En audiencia del 9 de agosto de 2023, la juez dispuso no tener en cuenta las excepciones previas propuestas por el demandado por haber sido presentadas de manera extemporánea, y de otra parte, al haberse cumplido lo dispuesto en auto anterior, tuvo por contestada la demanda; a su turno, la apoderada del municipio interpuso recurso de reposición, sin embargo, la juez confirmó su proveído; seguidamente, la apoderada presentó recurso de apelación, el cual se negó por improcedente; frente a lo cual, la abogada solicitó la nulidad del proceso con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia por no habersele permitido hacer la exposición de su excepciones previas, no obstante, dicha nulidad fue rechazada de plano por el juzgado, de un lado, por no estar enlistada en el artículo 133 del CGP, y si bien se interpuso por vulneración al debido proceso, lo cierto es que la misma quedó saneada por cuanto la parte actuó sin proponerla y en su lugar agotó los recursos de ley, los cuales fueron resueltos en su oportunidad; y aunque se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, la juez confirmó su decisión y negó la apelación por improcedente.

10. A su turno, la apoderada del municipio interpuso **recurso de queja** en el que manifestó: "*insisto que el artículo 29 de la Constitución Nacional es un artículo supralegal, en el cual se puede aplicar a todas las actuaciones judiciales y dentro del presente proceso laboral*"; y la juez en aras de garantizar el derecho al debido proceso, le dio trámite como si se tratara de un recurso de reposición y en subsidio queja, sin embargo, como el mismo no estaba encaminado a atacar la decisión que no concedió el recurso de apelación, dispuso negar la reposición y en ese sentido, concedió el recurso de queja.

- 11.** Superado lo anterior, la juez continuó con el trámite de la audiencia, y luego de decretar las pruebas, constituirse en audiencia de trámite y juzgamiento, cerrar el debate probatorio y recibir los alegatos de conclusión, emitió sentencia.

- 12.** Es así que la Juez Laboral del Circuito de Funza, Cundinamarca en fallo proferido el 9 de agosto de 2023 declaró probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de vulneración del fuero sindical al demandante, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas y carácter de empleado público en provisionalidad del demandante; absolvió al municipio de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante, tasándose las agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (PDF 44).

- 13.** Contra la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que manifestó, *“Primero que todo, el despacho hace una muy pero muy detallada (sic) análisis, para establecer o desentrañar lo que puede usted de materia del litigio correspondiente a si mi representado le asistía en sí la garantía foral consagrada en el artículo 39 de la Constitución Política y el artículo 405, concluye el despacho que, en efecto, el señor Leonardo Piñeros se encontraba protegido por la garantía foral; a su vez, esa garantía foral tal como lo establece el mismo despacho, es un derecho que consagra la Constitución, que consagra la ley, para aquellos trabajadores que forman parte de su junta directiva, de la comisión de reclamos, sin exceder de 5 principales y 5 suplentes y 2 miembros de la comisión de reclamos, y así sucesivamente los que son adherentes en su oportunidad o fundadores igualmente sin que dicha garantía exceda los 6 meses normados en el artículo 405, 406 y siguientes; a su paso, el artículo 405 a que hace referencia por este despacho, establece esa garantía precisamente de que el empleador no puede desvincular, no puede trasladar, no puede desmejorar a un trabajador que se encuentre protegido por esa garantía que hemos hecho referencia de estirpe constitucional y de estirpe o carácter legal igualmente; pero aquí el despacho y es uno de los primeros ataques que hago al proveído que corresponde además de haber hecho ese minucioso análisis y establecer y concretar de que en efecto le asistía esa garantía foral a mi representado, deja de lado ese derecho de estirpe, ya dijimos, legal y constitucional, para recaer o para tomar una determinación contraria o contra cada una de las pretensiones de mi representado fundada dicha determinación en lo que establece el Decreto 760 del 2005, artículo 24, y hace mayor énfasis a lo que establece en lo que tiene que ver con los trabajadores que se encuentran vinculados en provisionalidad; en el caso que nos ocupa señora juez, y ese es el punto distante en esta oportunidad procesal y que sobre el cual me permito reiterar, insistir en este recurso, es que mi representado se encontraba en esa*

situación de provisionalidad por una irregularidad y una misma violación por parte del municipio de Mosquera, por qué hago referencia a eso, porque él con antelación al fallo de primera y de segunda instancia proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Funza, Cundinamarca, determinación que recurrió ante el honorable Tribunal de Cundinamarca, en dicha sentencia como bien el despacho lo ha decantado, en el paso de la parte considerativa de la presente acción para dictar el proveído, ha manifestado que él fue reintegrado como consecuencia de esa orden impartida por la a quo y por el ad quem en ese fallo; él venía como trabajador, como trabajador vinculado al municipio de Mosquera mediante contrato de trabajo a término indefinido; y fue el a quo y el Tribunal quien (sic) ordenaron el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o uno de igual o superior categoría; sin embargo, la empresa, el municipio de Mosquera, arbitrariamente lo vincula en una planta de personal y lo posesiona en un cargo de provisionalidad, entonces, señora juez, y ese punto vuelvo y repito es el distante que nos separa de su proveído, es que él llega a la provisionalidad es por una actitud, digamos arbitraria del empleador Municipio de Mosquera, no es porque él quería, no es porque viniera en ese cargo de provisionalidad; por el contrario, él venía desempeñando vuelvo y repito, un cargo con una vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido, es decir, la categoría de trabajador oficial porque lo vinculaba o ataba en una actividad de conservación y de mantenimiento de la obra pública, aspecto que el despacho en este proveído pasó por alto, no advirtió en dicha sentencia, si el despacho se hubiese detenido a concluir en el análisis de la sentencia que ordenó el reintegro de manera acertada en su oportunidad por el estrado judicial que hemos referido, muy posible y realmente su señoría hubiese tomado una determinación totalmente contraria a la que se acaba de pronunciar y que afecta directamente los derechos y pretensiones de mi representado, de tal forma que no es que nosotros estemos desconociendo lo que los altos tribunales que se han manifestado sobre el tema del Decreto 760 del 2005, y en especial del artículo 24, sino lo que queremos advertir en esta oportunidad procesal y que desde ya solicitamos al honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cundinamarca, que detallen en analizar esa situación en concreto, es decir, que él es posesionado en un cargo en provisionalidad por una actitud arbitraria por parte del empleador; y un tercer aspecto señora juez, tiene que ver con el siguiente aspecto, y que el acto, si bien es cierto que en esta instancia no es motivo de análisis del acto de la desvinculación o de la declaratoria de insubsistencia; sí es una situación de mayor relevancia en esta oportunidad, toda vez que la ley y la misma jurisprudencia a que ha hecho referencia el despacho, exige que ese acto de declaratoria de insubsistencia debe ser un acto debidamente motivado, situación que se nota en la plena ausencia, toda vez que no fue motivado el acto por medio del cual fue declarado insubsistente, acto que le impidió a mi representado en su momento atacarlo para que pronto la instancia correspondiente o el estrado judicial correspondiente hubiera permitido una situación donde se hubiera establecido el derecho por haber sido declarado insubsistente mediante un decreto que no tenía la motivación que la ley exige que los cánones pertinentes; entonces señora juez, debo reiterar con respecto a la garantía o el derecho del fuero, garantía constitucional, derecho constitucional fundamental, no solamente consagrado en nuestra carta superior sino en las

diferentes leyes laborales y que están en cabeza de mi representado, que desde luego no fueron observadas, no fueron garantizadas por parte del municipio de Mosquera al momento de dar por terminada la relación laboral de mi representado”.

- 14.** La juez concedió el recurso de apelación y envió el expediente a esta Corporación, y, una vez se efectuó el reparto correspondiente mediante acta del 13 de septiembre de 2023, el proceso ingresó al despacho ese mismo día.

CONSIDERACIONES

En los términos del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la tarea de revisión de esta Sala se circunscribirá al análisis de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en la presentación y sustentación de sus recursos.

De manera inicial, se resolverá lo atinente al recurso de queja interpuesto por la apoderada del municipio demandado y, seguidamente, se resolverá el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra el fallo proferido en primera instancia.

Dispone el artículo 62 del CPTSS que contra las providencias dictadas en los juicios del trabajo procede, entre otros, el recurso de queja. A su turno el artículo 68 ibídem señala que procede el recurso de hecho o de queja ante el inmediato superior contra la providencia del juez que deniegue el de apelación o contra la del tribunal que no concede el de casación. No obstante, como el trámite del recurso de queja no está consagrado en la norma procesal laboral, por autorización expresa del artículo 145 del CPTSS, se remite al artículo 353 del CGP, que preceptúa lo siguiente:

*“El recurso de queja **deberá interponerse en subsidio del de reposición** contra el auto que denegó la apelación o la casación, salvo cuando este sea consecuencia de la reposición interpuesta por la parte contraria, caso en el cual deberá interponerse directamente dentro de la ejecutoria.*

Denegada la reposición, o interpuesta la queja, según el caso, el juez ordenará la reproducción de las piezas procesales necesarias, para lo cual se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación. Expedidas las copias se remitirán al superior, quien podrá ordenar al inferior que remita copias de otras piezas del expediente. (...)” (Negrilla fuera de texto).

Ahora, frente a las formalidades del recurso de reposición, si bien el artículo 63 del CPTSS indica que procede contra autos interlocutorios, señala el término para su presentación y menciona cuándo debe resolverse, lo cierto es que no expresa qué debe contener dicho recurso, para lo cual, el artículo 318 del CGP, al que se acude por remisión expresa del artículo 145 antes citado, consagra que *“El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten...”*, lo que resulta lógico pues solo con base en estas razones el juez debe decidir si deniega la reposición, como lo preceptúa el inciso segundo del artículo 353 antes transcrito o, en su defecto, repone el auto y concede el recurso de apelación, y a su vez, esas mismas son las razones para que el Tribunal al resolver el recurso de queja, estudie si es viable o no conceder el recurso de apelación.

En el asunto concreto, según se observa en el expediente, el recurso de queja propuesto por la apoderada del municipio demandado fue presentado directamente contra el auto que denegó la apelación cuando ha debido hacerlo de manera subsidiaria al recurso de reposición en el que atacara las razones de la juez para tomar su decisión de negar la apelación, máxime cuando el auto de la juez no era consecuencia de algún recurso interpuesto por la parte contraria, único evento que permite la norma para su interposición directa; y aunque es cierto que la juez interpretó el recurso interpuesto como si se tratara de uno de reposición y queja, lo cierto es que en los argumentos expuestos por la abogada no expresó ninguna razón por la cual debía reponerse la decisión, ni atacó los motivos que invocó la a quo para tomar su determinación de negar la apelación.

Es cierto que el párrafo del artículo 318 del CGP dispone que cuando se impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez debe darle trámite a la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente, sin embargo, ese no es el supuesto que aquí ocurre, pues es claro que en este caso no es que la apoderada interpusiera un recurso improcedente sino que omitió interponer el recurso de reposición, el que, conforme a lo establecido en el citado artículo 353, es prerequisite para la procedencia del recurso de queja como antes se dijo.

Por consiguiente, no queda camino diferente que **NEGAR** el recurso de queja por improcedente, y, en consecuencia, condenar en costas al demandado por

perder el recurso; como agencias en derecho se fija la suma equivalente a medio salario mínimo mensual vigente. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Superado lo anterior, pasa ahora a resolverse el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra el fallo proferido en este proceso.

El principal problema jurídico por resolver es determinar si le asiste derecho o no al demandante de ser reintegrado al mismo cargo que desempeñaba, en atención a la garantía foral de la que gozaba al momento de su desvinculación laboral.

Es de precisar que dentro de este asunto no es objeto de discusión la existencia de la relación laboral entre las partes intervinientes, como tampoco sus extremos temporales, y que dicha relación finalizó mediante Decreto 711 del 9 de agosto de 2019; de otra parte, las partes no discuten que el demandante ostentaba fuero sindical dada su calidad de miembro activo de la junta directiva del sindicato "SINTRAMUNICIPIOS CUNDINAMARCA", Seccional Mosquera, y así también lo determinó la juez de primera instancia y se desprende de los documentos aportados al expediente digital (pág. 32-37 PDF 03).

La juez al emitir su decisión, y respecto al problema jurídico planteado, manifestó que la razón de la desvinculación del actor es la provisión del cargo que venía ocupando el demandante en provisionalidad por una persona que había participado y aprobado el concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como bien se desprende del contenido del Decreto 711 de 2019 y de la Resolución CNSC 2019-2210009768 de 2019, mediante la cual dicha comisión conformó la lista de elegibles para proveer 3 vacantes del cargo de operario código 487, grado 01, del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del municipio demandado, ofertado en convocatoria 553 de los Municipios de Cundinamarca; agrega que si bien el accionado con resolución emitida en el año 2012 ordenó el reintegro del trabajador al cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 2, y lo posesionó en provisionalidad, ello lo hizo en atención a la orden dada por el Juzgado Civil del Circuito de Funza mediante sentencia emitida dentro del proceso ordinario de fuero circunstancial que adelantó el actor, que declaró la ineficacia de la terminación del vínculo laboral y ordenó

su reintegro, decisión que fue confirmada por este Tribunal en sentencia del 24 de noviembre de 2011; luego, en el año 2017 el actor fue posesionado en el cargo de operario código 487, grado 01, en provisionalidad, el cual como se advirtió, fue objeto de convocatoria, lo que dio lugar a que se declarara insubsistente; agrega que si bien el empleador debe adelantar el permiso ante el juez del trabajo para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, lo cierto es que tal obligación no tiene aplicación en este caso como quiera que el Decreto 760 de 2005, en su artículo 24, establece que esa autorización no se requiere cuando se va a proveer un cargo en carrera administrativa con empleados que hayan superado un concurso de méritos, y así lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-1119 de 2005 al declarar exequible dicha norma; además, expone que los servidores que desempeñen funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y, por ende, gozan de una estabilidad relativa hasta tanto se provea el cargo con un aspirante que haya superado el concurso de méritos, y lo que se exige para despedir a un trabajador en esas condiciones es que se emita el acto administrativo debidamente motivado para que pueda controvertirlo y hacer uso de los mecanismos dispuestos en la ley, sin embargo, aclara que en este proceso no le es dable al juez laboral analizar la legalidad y validez de los actos administrativos mediante los cuales se desvinculó al trabajador demandante, ya que lo que se debe verificar es si el trabajador gozaba de fuero sindical, si el empleador debía solicitar permiso al juez laboral y si ese trámite se realizó en caso de estar obligado a ello, en garantía del derecho a la asociación sindical; finalmente, pone de presente que la jurisprudencia laboral al analizar el tema aquí planteado, frente a trabajadores en provisionalidad, en sede de tutela ha concluido que no hay lugar a pedir autorización al juez del trabajo para desvincular a un trabajador con fuero sindical (sentencias CSJ STL7254-2017 y STL815-2022); y como la desvinculación del actor se dio por una causal objetiva, que fue la provisión del cargo por lista de elegibles, y se acreditó que en el cargo que desempeñaba el actor se posesionó el señor Fidel Sánchez Mora, el 27 de enero de 2020, quien ocupaba el cuarto lugar de la lista de elegibles, el municipio no estaba obligado a acudir al juez del trabajo para pedir permiso para desvincular al accionante.

Así las cosas, efectuado el análisis del caso concreto y conforme las pruebas aportadas al expediente, esta Sala comparte la sentencia de la juez de primera instancia porque como bien lo enunció en su decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, en tratándose de

empleados amparados con fuero sindical, no es necesaria la autorización judicial para retirar del servicio cuando ocurra uno de los siguientes casos:

- Cuando el empleado no supere el período de prueba.
- Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él, y
- Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso, y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Norma que, como bien lo señaló la juez a quo, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1119 de 2005, en la que concluyó dicha Corporación que no siempre se requiere autorización judicial para terminar contrato laboral de un trabajador aforado, ya que existen circunstancias previstas en la ley en las cuales no es necesario "en ningún caso recurrir a autoridad judicial para dar por terminado el contrato laboral", dentro de ellos, los cargos temporales o transitorios, como ocurre con los cargos desempeñados en provisionalidad. Al respecto señaló:

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtir ante esa entidad y por la misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el período de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los

empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador (...)”.

El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos”.

Así las cosas, aunque es cierto que el demandante gozaba de fuero sindical, lo cierto es que el municipio demandado lo declaró insubsistente porque, precisamente, el cargo que ejercía en provisionalidad fue convocado a concurso de méritos, sin que se hubiese acreditado que él participara en esa selección, y conforme a las pruebas aportadas, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución 20192210009768 del 2 de mayo de 2019, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer 3 vacantes del cargo denominado “OPEC No. 65760 denominado Operario Código 487 Grado 01, del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de personal de la Alcaldía de Mosquera, ofertado con la Convocatoria No. 553 de 2017 – Municipios de Cundinamarca”, cargo que en ese momento ocupaba el aquí demandante (pág. 651-653 PDF 39), notificándose por parte de esa comisión al alcalde del municipio demandado que dicho acto administrativo cobró firmeza el 16 de mayo de 2019, y lo instó para efectuar los nombramientos en período de prueba, en estricto orden de mérito (pág. 654-656 PDF 39). Por tanto, resulta procedente la actuación del municipio de Mosquera al desvincular al demandante sin mediar permiso del juez del

trabajo, pues, como antes se dejó dilucidado, en estos eventos no se requiere autorización judicial para terminar contrato laboral de un trabajador aforado; circunstancia que en cierta forma comparte el apoderado del actor.

Ahora, menciona el apoderado apelante que si bien el trabajador ocupaba un cargo en provisionalidad al momento de su desvinculación, lo cierto es que él con anterioridad al reintegro ordenado en sentencia judicial, estaba vinculado "mediante contrato de trabajo a término indefinido", y fue el ente accionado el que "arbitrariamente lo vincula en una planta de personal y lo posesiona en un cargo de provisionalidad", por lo que debe analizarse dicho aspecto; no obstante, entiende la Sala que lo que en el fondo plantea el demandante es que él previo al reintegro estaba vinculado en un cargo de propiedad y por esa razón cuando se emitió la orden judicial, ha debido ser reintegrado en un cargo de propiedad y/o de carrera administrativa, por lo que habría lugar al reintegro del trabajador aforado en este caso.

De las pruebas obrantes en el expediente digital, específicamente en el archivo PDF 39, se observa que el demandante tuvo las siguientes vinculaciones, de las cuales es dable colegir que ha laborado en el municipio demandado desde el 3 de agosto de 1983 hasta el 26 de enero de 2020:

- Se vinculó a la administración municipal de Mosquera el 3 de agosto de 1983, en el cargo de "Barrendero Municipal" (pág. 31-32).
- Mediante Decreto 035 del 17 de mayo de 1994, se nombró "en propiedad" para ejercer el cargo antes referido (pág. 71).
- El 30 de diciembre de 1994 se posesionó en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 605-11 "por asimilación del cargo denominado anteriormente como Barrendero, Auxiliar Administrativo, de conformidad con lo dispuesto mediante decretos: Nacional No. 1569 del 5 de agosto de 1998 y Municipal 117 del 10 de Noviembre de 1998" (pág. 146).
- El 17 de marzo de 2003 se posesionó en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 605, grado 12 de la planta globalizada del personal de la alcaldía, "con carácter de PROVISIONAL" (pág. 254).
- El 2 de enero de 2006 se posesionó en el cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 05, en provisionalidad, "para efectos de INCORPORACIÓN POR RESTRUCTURACIÓN efectuada mediante Decreto No. 127 del 16 de noviembre de 2005, a la PLANTA DE PERSONAL HOMOLOGADA" (pág. 326).
- Con Resolución 160 del 30 de enero de 2009 se notificó al actor la supresión definitiva del cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 05, y se dispuso su desvinculación definitiva de la planta de personal del municipio (pág. 382-384).

- Mediante sentencia del 18 de marzo de 2011, el Juzgado Laboral Adjunto al Juzgado Civil del Circuito de Funza declaró ineficaz el despido del que fue objeto el demandante y ordenó su reintegro inmediato *"al mismo cargo que se encontraba desempeñando al momento del despido"*, y condenó al pago de los salarios, prestaciones y aportes dejados de percibir, con sus correspondientes aumentos y reajustes; decisión que fue confirmada por este Tribunal con sentencia del 24 de noviembre de 2011 (pág. 400-415). En cumplimiento a esa decisión, con Decreto 209 del 25 de junio de 2012, el ente territorial reintegró al actor en el cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 02, como quiera que *"el grado al que le corresponde el nivel salarial del cargo del señor (...), actualmente es el 02, según Modernización Estatal realizada en el año 2009, esto según la asignación salarial que tenía el grado 05"* (pág. 455-456).
- El 1º de septiembre de 2013, se posesiona en el cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 02, en provisionalidad, por efectos de *"INCORPORACIÓN A LA PLANTA DE PERSONAL POR MODERNIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN"* (pág. 515).
- El 3 de agosto de 2017, se posesionó el demandante en el cargo de operario, nivel asistencial, código 487, grado 01, en provisionalidad, *"para efectos de INCORPORACIÓN"*, según Decreto 240 de la misma fecha, en cumplimiento del Decreto Nacional 1083 de 2015, incorporándose *"en las mismas condiciones y situación jurídica que presenta al momento de la adopción y modificación de la planta de personal"* (pág. 589).
- Finalmente, mediante Decreto 711 del 9 de agosto de 2019, la administración municipal declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del demandante, en atención a lo dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil en Resolución 20192210009768 del 2 de mayo de 2019, a la que antes se hizo referencia, según correo electrónico del 18 de julio de ese año en el que esa Comisión notificó al municipio (pág. 660-666); decisión contra la cual el demandante interpuso recurso de reposición, y el municipio accionado, con Resolución 210 del 18 de noviembre de 2019, confirmó su anterior determinación (pág. 674-677).
- No obstante, se observa que el demandante ejerció el cargo de operario, nivel asistencial, código 487, grado 01, hasta el 26 de enero de 2020, como bien se observa en la liquidación final de prestaciones sociales (pág. 717-718); y la persona que superó el concurso de méritos para proveer dicho cargo tomó posesión en período de prueba el 27 de enero de 2020, en atención al nombramiento realizado en Decreto Municipal 916 del 21 de noviembre de 2019 (pág. 720).
- De otro lado, se advierte que el actor presentó reclamación administrativa ante el municipio demandado para que se dispusiera su reintegro laboral, frente a lo cual, el municipio con Resolución 375 del 24 de agosto de 2020 no accede a su solicitud, y aunque el demandante presentó recursos contra tal acto administrativo, tal decisión se confirmó en Resoluciones 017 del 12 de enero y 140 del 23 de febrero de 2021 (pág. 794-816 y 854-865).

Conforme lo anterior, la Sala observa que, en principio, le asiste razón al apoderado del demandante como quiera que en realidad, el demandante sí estaba vinculado en propiedad en el cargo de barrendero municipal y así se

nombró mediante Decreto 035 del 17 de mayo de 1994; luego, cuando el municipio dispuso el 30 de diciembre de ese año posesionarlo en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 605-11, lo hizo *“por asimilación del cargo denominado anteriormente como Barrendero, Auxiliar Administrativo, de conformidad con lo dispuesto mediante decretos: Nacional No. 1569 del 5 de agosto de 1998 y Municipal 117 del 10 de Noviembre de 1998”*, sin que hubiese modificado la vinculación en propiedad del actor; es más, considera la Sala que el mismo municipio entendía que esa era su situación particular, y así se desprende de la comunicación de fecha 27 de noviembre de 2018, en la que el municipio de Mosquera solicita mediante derecho de petición dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la *“inscripción y Actualización de Registro Público de Carrera Administrativa”* del demandante, *“teniendo en cuenta que revisada la documentación que reposa en la entidad, se evidenció que el mencionado funcionario fue vinculado en la Alcaldía Municipal de Mosquera en propiedad en el año 1994, y posteriormente participó en un concurso interno en el año 1995, en el cual ocupó el cuarto (4) lugar de la lista de elegibles, para la provisión de siete (7) cargos. Así mismo se evidenció que durante algunos años el funcionario se le realizó evaluación de desempeño laboral; sin embargo no se cuenta con registro de la evaluación en período de prueba, ni de la inscripción en registro público de carrera administrativa”*, y se anexó dicha documentación, dentro de ella, la Resolución 222 de 1995 mediante la cual se conformó la lista de elegibles de la cual hizo parte el actor, como se informa en el oficio (pág. 633 PDF 39). Es de aclarar que dentro del expediente no reposa respuesta a esa comunicación.

Y aunque lo anterior podría variar los resultados del proceso, lo cierto es que a la misma conclusión del juzgado llegaría la Sala como quiera que el demandante a partir del 17 de marzo de 2003 fue posesionado en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 605, grado 12 de la planta globalizada del personal de la alcaldía, *“con carácter de PROVISIONAL”*, sin que se hubiese presentado inconformidad alguna en esa oportunidad, a pesar de haber transcurrido más de 20 años, y de esa fecha en adelante todos los nombramientos y posesiones del demandante se han efectuado en un cargo **en provisionalidad**, incluso, para 30 de enero de 2009 cuando el municipio notificó al actor la supresión del cargo de auxiliar de servicios generales, nivel asistencial, código 470, grado 05, el mismo lo desempeñaba en provisionalidad; por tanto, aunque es verdad que mediante sentencia judicial del 18 de marzo de 2011 se declaró la ineficacia de esa terminación y se ordenó el reintegro del trabajador *“al mismo cargo que se encontraba desempeñando al momento del despido”*, decisión confirmada en segunda instancia, dicho reintegro debía hacerse en el cargo de auxiliar de

servicios generales, nivel asistencial, código 470, en provisionalidad, como en efecto se hizo, pues se reitera, esa era la vinculación que el actor tenía para el 30 de enero de 2009 cuando se dispuso la supresión del cargo.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que el demandante a partir del 3 de agosto de 2017 fue vinculado en el cargo de operario, nivel asistencial, código 487, grado 01, en provisionalidad, *"para efectos de INCORPORACIÓN"*, en cumplimiento del Decreto Nacional 1083 de 2015, y aunque allí se indica que se incorpora *"en las mismas condiciones y situación jurídica que presenta al momento de la adopción y modificación de la planta de personal"*, no es claro si continuó ejerciendo las mismas funciones, pero lo que sí puede desprenderse, es que corresponde a un cargo con denominación diferente al que desempeñaba antes de la emisión de la sentencia que dispuso su reintegro laboral, y el que ejecutó hasta cuando el mismo fue ocupado por una persona que concursó y aprobó el correspondiente concurso de méritos como ya se mencionó, por tanto, concluye la Sala que en el caso concreto resulta procedente aplicar el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, al que antes se hizo referencia, y en ese orden, el municipio demandado no estaba obligado a solicitar el permiso al juez del trabajo para desvincular al trabajador demandante a pesar de gozar de fuero sindical.

En lo que tiene que ver con la falta de motivación del acto administrativo que declaró al demandante insubsistente, debe decirse que ello constituye un hecho novedoso que no fue expuesto en la demanda y, por tanto, no fue objeto de debate probatorio; en ese sentido, la Sala no puede pronunciarse al respecto so pena de quebrantar el principio de congruencia que exige que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda; máxime cuando, como bien lo indicó la juez a quo, en esta clase de procesos, en los que el trabajador solicita su reintegro laboral por fuero sindical, al juez laboral le compete únicamente establecer si el trabajador se encuentra amparado por la garantía foral, y de así demostrarse, analizar si el empleador estaba obligado a solicitar el permiso al juez del trabajo para levantar ese fuero sindical y poder desvincular al trabajador, y si ello es así, verificar si el empleador realizó el trámite correspondiente; pero de ningún modo puede entrar a analizar la validez y legalidad del acto administrativo de un empleado público, que es lo que pretende el apoderado en su recurso.

En consecuencia, no queda otro camino a la Sala que confirmar la decisión de la juez de primera instancia.

Así quedan resueltos los recursos interpuestos.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Funza, Cundinamarca, dentro del proceso de fuero sindical LEONARDO PIÑEROS AYALA contra MUNICIPIO DE MOSQUERA, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente un salario mínimo legal mensual vigente a favor del municipio demandado.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria