

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO - GERMÁN MUÑOZ AYALA Y OTROS CONTRA INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

Bogotá, D.C., a los doce (12) días de septiembre de dos mil veintidós (2022)

El Tribunal de conformidad con lo acordado en la Sala de Decisión, procede a decidir de plano el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso de la referencia por la parte demandante contra la sentencia del 23 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

S E N T E N C I A

DEMANDA

Germán Muñoz Ayala, Jorge Franklin Florido Polanía, Rocío Eugenia Sarralde Ortíz y Luis Miguel Ortega Medina, por medio de apoderado judicial, demandaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, con el propósito de que se ordenen sus reintegros a los cargos que desempeñaban al momento de los respectivos despidos o a otros de igual o superior categoría y salario, por haber sido desvinculados estando amparados por la garantía foral en sus calidades de integrantes de las juntas directivas de las seccionales de “Sintrabienestar”, y sin contar con autorización del juez del trabajo. En consecuencia, se condene al pago

de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir; junto con la indexación de las sumas y las costas.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, se indica que los demandantes se vincularon al ICBF mediante nombramiento provisional en diversas regionales del país en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17; que mediante la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, se abrió a concurso público el cargo ocupado por los demandantes; que, pese a ello, mediante el D. 1479 de 2017 fueron creadas 328 plazas permanentes en la entidad, las cuales no fueron ofertadas en el aludido concurso público; que los demandantes gozaban de fuero sindical por ser miembros de unas directivas de seccionales de Sintrabienestar; que aunque un buen número de vacantes no fueron ofertadas en el concurso público de méritos, el ICBF retiró a los demandantes (Rocío Eugenia Sarralde el 1° de noviembre de 2018, Germán Muñoz Ayala el 16 de octubre de 2018, Jorge Franklin Florido Polanía el 11 de septiembre de 2018 y Luis Miguel Ortega Medina el 8 de enero de 2019); que para el momento del retiro, el ICBF contaba en su planta global con las vacantes suficientes para reubicarlos en el mismo cargo que venían desempeñando, las cuales no fueron ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016; que el ICBF retiró del servicio a los demandantes sin haber solicitado el permiso al juez laboral; que los demandantes presentaron reclamación administrativa insistiendo al ICBF sobre su derecho a continuar en el servicio, porque pese a perder el concurso de méritos existían vacantes suficientes que no fueron ofertadas en la Convocatoria 433 del 2016; que la entidad dio respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

En audiencia pública de trámite celebrada el 18 de mayo de 2022, la demandada dio contestación, oponiéndose a las pretensiones formuladas; respecto de los hechos admitió los relacionados con la prestación personal del servicio de los demandantes y sus respectivos nombramientos en provisionalidad en los cargos de Defensor de Familia, la creación de las plazas permanentes, la garantía del fuero sindical y la respuesta negativa a la reclamación administrativa, a los demás adujo no ser ciertos.

Propuso como excepciones las de: imposibilidad de reubicación en las vacantes generadas con posterioridad al concurso, cumplimiento de las circulares normativas de la CNSC en el contexto de la L. 1960 de 2019, las desvinculaciones no son atentatorias de la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad, cobro de lo no debido y la genérica o innominada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, el juez de conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, en la sentencia referida al inicio del presente fallo, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas e impuso condena en costas contra los demandantes. Fundamentó la decisión en que, tal como lo había alegado la demandada, en el asunto no se requería solicitar el permiso ante el juez laboral para terminar los vínculos laborales de los actores, en razón a que el art. 24 del Decreto 760 de 2005 que dispone que ello no es necesario frente a los servidores amparados con fuero sindical, cuando se trata de dar paso a los nombramientos de las personas que superaron un concurso de méritos, como en el asunto ocurría. Agregó, que no importaba que se hubiera acreditado que en la entidad demandada se hubieran creado unas vacantes adicionales o superiores a las ofertadas en el concurso, pues eso no exime a los servidores con el fin de mantenerse en el empleo, acreditar el mérito, y como en el asunto, los demandantes no superaron ese proceso, no había lugar a exigirle al empleador público que les garantizara su permanencia, dado que tenía que proveerse las vacantes con quienes sí superaron el concurso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de la a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando, en síntesis, que la excepción al permiso judicial que debe solicitar el empleador para terminar los vínculos laborales que trae el art. 24 del Decreto 760 de 2005, debe ser interpretado de manera restrictiva, en el sentido de que no se requiere la autorización del juez del trabajo frente al servidor con fuero sindical, cuando se necesita nombrar al servidor que superó el concurso de méritos, pero no cuando existe la posibilidad, en razón del número de vacantes, de que la administración pueda nombrar a los concursantes en las

plazas adicionales sin afectar a los trabajadores aforados. Adicionó, que se debe atender la recomendación 135 de la OIT, que establece la permanencia en el empleo de los aforados sindicales pese a la existencia de la reducción de personal, con mayor razón, en el asunto en donde se incrementaron los cargos; que, en todo caso, tenían derecho a la reubicación por cuenta de las vacantes que posterior a la convocatoria se crearon en la entidad; que contrario a lo manifestado en la decisión, sí cumplían con los requisitos para acceder a una nueva vinculación pese a no haber superado el concurso de méritos, por cuanto vienen ocupando los cargos de tiempo atrás y son aforados.

C O N S I D E R A C I O N E S

VINCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES- CALIDAD DE AFORADOS

Se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos: i) la vinculación de los demandantes al ICBF en el cargo de Defensor de Familia grado 17, código 2125, concretamente, para Rocío Eugenia Sarralde Ortiz, fue a partir del 6 de enero de 2010 y su desvinculación el 1° de noviembre de 2018, Germán Muñoz Ayala, entre el 2 de mayo de 2008 y el 16 de octubre de 2018, Jorge Franklin Florido entre el 10 de septiembre de 2013 y el 11 de septiembre de 2018 y Luis Miguel Ortega, entre el 16 de noviembre de 2010 y el 8 de enero de 2019; ii) que los demandantes estaban amparados por el fuero sindical por ser miembros de las juntas directivas de las seccionales de Sintrabienestar; iii) que mediante la Convocatoria 433 de 2016 fue llamado a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 2470 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, entre ellos, 762 cargo de Defensor de Familia Grado 17, código 2125; iv) que el art. 2° del Decreto 1479 de 2017, dentro de los empleos creados en la planta de personal del ICBF, se encuentran 328 de Defensor de Familia, y; v) que de los demandantes, el único que pasó el concurso de méritos fue Jorge Franklin Florido Polanía, quien ocupó el quinto lugar en la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del aludido empleo.

Entonces, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la entidad pública demandada tenía que solicitar el permiso judicial al juez del trabajo frente a los demandantes, quienes, amparados por fuero sindical como directivos, no

pasaron el concurso de méritos -con excepción de uno de ellos, pero que no logró mejor ubicación para ser nombrado- pese a la creación de nuevas plazas posteriores a las ofertadas para dicho concurso.

FUERO SINDICAL

Con arreglo al artículo 405 del CST, modificado por el artículo 1º del Decreto 204 de 1957, se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. Esta garantía foral permite que los trabajadores o servidores el Estado amparados por ella, puedan ejercer su función sindical frente al empleador, al Estado y los mismos trabajadores, en forma independiente, permanente, sin que se vean truncadas o impedidas esas aspiraciones por el actuar del empleador, ya sea con el cambio de sitio de trabajo o el despido, derecho que en 1991 se constitucionalizó (art. 39 CP). Todo ello busca, en última instancia, hacer efectivo y desarrollar el derecho de asociación sindical, en cuanto la permanencia y estabilidad de la organización sindical. De ahí, que todo trabajador o servidor que esté protegido por esa garantía, solamente puede ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo siempre y cuando haya incurrido en una de las justas causas señaladas en la ley, la cual debe ser calificada previamente por el juez del trabajo.

Cumple precisar, que en uso de las facultades extraordinarias establecidas en el artículo 53 de la referida Ley 909 de 2004, fue expedido el Decreto 760 de 2005, “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”, en cuyo artículo 24 se dispuso en relación con la desvinculación de los servidores públicos amparados con fuero sindical y que ocupan cargos en provisionalidad:

“ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.2. Cuando no superen el periodo de prueba.

24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3. 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.” (subrayas propias).

En la sentencia C-1119 de 2005 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del referido artículo, con fundamento en los siguientes argumentos:

“[...] la garantía del fuero sindical elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución. Se trata entonces, como bien lo afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador.

[...] 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. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho

objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos.”

De lo precedente se colige que si bien los demandantes fueron desvinculados del cargo que desempeñaban en provisionalidad en el ICBF, cuando se encontraban amparados por la garantía del fuero sindical, lo cierto es que dicha entidad no estaba obligada a acudir a la autorización del juez laboral para proceder con su retiro, pues las consecuencias jurídicas en este caso 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 y esencialmente porque el desempeño en provisionalidad en estos cargos tienen una estabilidad hasta tanto se provean los cargos de manera definitiva con quienes superen el concurso público de méritos. Lo anterior con miras a dar 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.

Se reitera que, cada uno de los demandantes fue desvinculado de la entidad pública demandada, para dar paso al nombramiento en propiedad de las personas que superaron el concurso de méritos en el cual participaron, por ejemplo, para el caso de Rocío Eugenia Sarralde Ortiz, la Resolución 10740 del 17 de agosto de 2018, nombró en su cargo a la concursante María Ivany Gómez; la Resolución 10577 del 17 de agosto de 2018, para Germán Muñoz Ayala, en donde fue nombrada la concursante María Mónica López Guzmán; o la Resolución 14110 del 29 de noviembre de 2018, para Luís Miguel Ortega, en donde se nombró al concursante Abrahán Camilo Alean Rincón, es decir, que la separación del empleo tuvo una causa objetiva y verificable amparada en el ordenamiento jurídico que no obligaba a la entidad a solicitar el permiso judicial alegado por la parte actora.

Ahora, la creación de vacantes posteriores a la convocatoria pública y que, por lo mismo, no fueron ofertadas en el concurso, no es una situación contemplada como excepción a la posibilidad de la administración de continuar sin ningún obstáculo con el proceso de nombramiento de los concursantes en los cargos que

ocupaban los servidores protegidos con fuero sindical, porque, la disposición normativa es muy clara en señalar que, si el objetivo es darle paso a quienes participaron y superaron cada una de las etapas de la convocatoria, como en este caso ocurrió, en donde la entidad nombró a los que ocuparon los primeros lugares de las respectivas listas de elegibles, los servidores en provisionalidad pese a la protección foral, deben ceder su derecho a la estabilidad, la cual, se replica, es relativa.

Esa situación relacionada con la creación de nuevas plazas surge como algo adicional ante una nueva necesidad de la administración, dado el escenario de mayores vacantes debe proceder a efectuar los nombramientos con fundamento en el Decreto 1083 de 2015, que en el artículo 2.2.5.3.2, en relación con la provisión de los cargos de carrera dispone:

ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

PARÁGRAFO 2º. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos*

nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”*

O en su defecto, dar aplicación dar aplicación al artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 que introdujo una modificación al artículo 31 de la Ley 906 de 2004, que estableció que la lista de elegibles obtenida en un concurso se podrá utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria en la misma entidad, que en los términos de la sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional, dicha norma debe ser aplicada de manera retrospectiva.

En otras palabras, si en este asunto, la Convocatoria 433 de 2016 ofertó unos cargos entre los cuales se encontraban los de los demandantes, quienes, se insiste, estaban amparados por fuero sindical, su situación debe ceder ante las personas que ocuparon los primeros lugares al número de vacantes convocadas, sin imponerle cargas adicionales a las previstas en la ley al empleador público; el hecho de que se hayan creado nuevas plazas en forma posterior a la convocatoria, no cambia el derecho subjetivo y adquirido de dichos participantes a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron. Si de pronto, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia de tutela antes referenciada, existen concursantes que ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, y que, por lo tanto, tienen una expectativa de ser nombrados, el empleador público debe examinar esa posibilidad de utilizar dicha lista, y si pese a ello, siguen existiendo vacantes definitivas, la entidad debe verificar los mecanismos de provisión definitiva señalados en la disposición transcrita y proveer el respectivo empleo en el orden correspondiente.

Pero tales situaciones no conminan al empleador a solicitarle al juez del trabajo que las examine previo a la desvinculación de los servidores aforados, ya que, el legislador fue enfático en que, si allí se deben nombrar a los concursantes que

superaron las etapas de la convocatoria, su desvinculación es por un asunto objetivo y de protección constitucional como lo es el mérito. Si los demandantes tienen derecho a que se les nombre nuevamente en las vacantes que sobraron, si cumplen con los requisitos para su reubicación, entre otros aspectos, es una cuestión ajena a la acción de reintegro, que, a riesgo de fatigar, sólo mira si el empleador público estaba obligado a solicitar el permiso judicial para terminar los vínculos, que como se ha venido explicando a lo largo de la providencia, no se requería ese trámite.

Por último, la Recomendación 135 de la OIT a que alude la parte actora es sobre la fijación de los salarios mínimos de 1970, en cambio, la relacionada con los representantes de los trabajadores es la 143 de 1971, que, efectivamente, dentro de una de las protecciones especiales que los Estados miembros deben proveer a dichos trabajadores, consiste en el reintegro ante terminaciones injustificadas del contrato, con el restablecimiento de todas las condiciones que garanticen una verdadera reparación, que como se sabe, el ordenamiento jurídico nacional lo contempla, entre otros, en materia procesal con la acción especial de fuero sindical-acción de reintegro, materializando las garantías especiales de los representantes sindicales, por ser ese el modelo de protección que ha asumido la legislación interna (CSJ SL5146-2020). Pero como se ha venido advirtiendo, en el asunto no se está en presencia de un despido ilegal o terminación del vínculo laboral por razones de discriminación, sino por una causa objetiva de gran trascendencia como es el mérito.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada uno de los recurrentes.

Notifíquese y Cúmplase


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado