

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL

RAD: 2-2021-560-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

**DEMANDADO: CARLOS GIOVANNI ROJAS VELÁSQUEZ –
VINCULADO UNIÓN NACIONAL SINDICAL DE SERVIDORES
PUBLICOS DE COLOMBIA- UNASEP**

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días el mes de abril de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación, la apelación a la sentencia de fecha catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Veintiuno (21), Laboral del Circuito de Bogotá, en la que resolvió:

“PRIMERO: NEGAR LA PRETENSIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR incoada por la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, en contra de CARLOS GIOVANNI ROJAS VELÁSQUEZ....”

Este proceso fue inicialmente asignado al Dr LORENZO TORRES RUSSY, quien presentó ponencia no aceptada por la mayoría; razón por la cual se

asigna a la Magistrada que ahora actúa como ponente.

HECHOS

LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO por intermedio de apoderado judicial, solicita se declare que el servidor público **CARLOS GIOVANNI ROJAS VELASQUEZ**, quien ocupa el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 01 adscrito a la Dirección de Administración Notarial del Nivel Central, en la planta global de la Superintendencia de Notariado y Registro, **se encuentra incurso en la causal para el retiro del servicio señalada en el literal i del artículo 41 de la ley 909 de 2004, esto es, “por declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo”**. Como consecuencia de lo anterior solicita se ordene el levantamiento del fuero y se conceda permiso para retirarlo. (Ver expediente Digital).

Fundamenta sus pretensiones en síntesis en que la doctora NANCY CRISTINA MESSA ARANGO en su condición de Directora de Administración Notarial y jefe directa del demandado informó a la Dirección de Talento Humano que el señor Rojas Velásquez no se presentó a laborar los días 7,10,17,18 y 19 de febrero y los días 11 y 12 lo hizo de manera parcial pues solo hizo acto de presencia un momento, que adelantó el proceso pertinente, que el 11 de marzo de 2021 el demandado expuso sus argumentos de defensa que aunque extemporáneos fueron atendidos, concluyendo que no hay justificación para la ausencia de los días 17,18 y 19 de febrero, que el demandado hace parte de la Junta Directiva de UNASEP, razón por la cual solicitan el permiso. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada oponiéndose a las pretensiones y manifestando en síntesis que no existe justa causa debido a que se encontraba incapacitado, cuyas incapacidades anexó. Propuso las excepciones de falta de inmediatez en la acción, violación al debido proceso por ausencia del procedimiento administrativo y las demás que resulten probadas. El sindicato UNASEP no coadyuvó.

Para llegar a la decisión que hoy estudia la Sala el Juez en síntesis señaló :“... *que no era objeto de discusión que el demandado tenía una vinculación legal y reglamentaria con la Superintendencia de Notariado y Registro, así como, que ostentaba fuero sindical, en su condición de suplente del Secretario de la Junta Directiva UNASEP, acto seguido, se indicó que en el caso bajo análisis procedía establecer si se había presentado un abandono de cargo, dada la inasistencia del demandado los días 17, 18, y 19 de febrero de 2020, indicando previamente que*

los términos de actuaciones administrativas, entre ellas, las disciplinarias se habían suspendido con ocasión de la 5 Especial Fuero Sindical Apelación Sentencia N° 021 2021 00560 01 Superintendencia de Notariado y Registro Carlos Giovanni Rojas Velásquez emergencia sanitaria, por el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 2020 y el 16 de septiembre de 2020. Atendiendo lo indicado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015, y la sentencia C - 1189 de 2005, que contemplan la procedencia del retiro por abandono de cargo (injustificado), se procedió con la valoración probatoria, **encontrando que si bien no era objeto de discusión que el demandado no se presentó a trabajar en los días mencionados, lo cierto era que la parte actora reconoció que el 11 de marzo de 2021, el demandado remitió justificaciones y allegó certificación expedida por odontólogo particular, que daba cuenta de un procedimiento de retiro de cordales y que se le dio incapacidad por el 17 y 18 de febrero de 2020, con lo que se justificaba su inasistencia y en principio no podía ser desconocida por la superintendencia.** Lo anterior, teniendo en cuenta que al recibirse la misma, la entidad debió adelantar su transcripción, por estar obligada en forma directa a surtir el trámite conforme lo establece el art. 121 del Decreto 019 de 2012, y dado que no se adelantó el mismo, se contrajo fue a desconocer el documento allegado, incumpliendo así con sus obligaciones legales, por lo que no se encontraba acreditada la causal que originaba la desvinculación del servicio....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación afirmando: “...El apoderado de la Superintendencia, sustentó su apelación en que en el caso bajo análisis se habría podido adelantar la transcripción si el trabajador hubiese allegado a tiempo las incapacidades, resultándole imposible proceder con la gestión sino se habían allegado, resaltando que la entidad para prevenir tales problemáticas en la Resolución No. 6245 del 14 de junio de 2016, había establecido una política para trámite de incapacidades, en la que se estipulaba que los empleados debían allegar dentro de los 3 días hábiles siguientes la incapacidad que le fuera expedida, pues no podían quedarse a la espera que el trabajador la entregara y no proveer ese cargo, ya que esto afectaba la función pública, de tal suerte que debía adelantarse la actuación administrativa para establecer si había vacancia en el empleo, igualmente, indicó que en la Resolución No. 2809 del 31 de marzo de 2021, en la que se declaró la vacancia del empleo se hizo alusión a la política de incapacidades y que en todo caso no le asistía el deber de proceder en la gestión de la transcripción después de que el servidor transcurrido mucho tiempo las allegaba. Adicionalmente, mencionó que la Resolución 2809, constituía un acto administrativo con presunción de legalidad, de tal suerte que al revisar de fondo si se debía gestionar o no la incapacidad, ello tenía que ver con el asunto de fondo del acto administrativo y ello correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, sin que los actos administrativos de vacancia estuvieran sometidos a un doble control de legalidad, de manera que lo que correspondía realizar al juez laboral era establecer si se declaró la causal para el retiro del servicio o no y en caso afirmativo proceder de conformidad....”

CONSIDERACIONES

Lo primero que destaca la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del C P del T y de la S S, modificado por la Ley 712 de 2001 art 47, la

sentencia en el proceso de fuero sindical es apelable en el efecto suspensivo y el Tribunal debe resolverla de plano.

El artículo 405 del C S T señala: “Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados, en su 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**”.

Es claro que no se discute en este proceso, ni la vinculación, ni la existencia de la garantía constitucional de fuero sindical, por ser el demandado parte de la Junta Directiva del sindicato UNASEP, siendo este justamente el motivo por el cual se acude a esta acción de permiso.

Ello es así porque el Fuero Sindical, se itera es una garantía constitucional, plasmada en la ley y que consiste dado el artículo atrás transcrito; para el caso de la acción prevista en el art 113 del C P del T y de la S S, modificado por el art 44 de la ley 712 de 2001-; en que sea este únicamente este, es decir el Juez Laboral, quien determine o califique, previamente al despido si existe o no justa causa para hacerlo; de ahí insiste la Sala que la entidad demandante reconociéndolo haya acudido a solicitar el permiso.

Ninguna dificultad existía al respecto, es decir en cuanto a la determinación de las justas causas, -toda vez que se encontraban contempladas en el art 410 del CST-; y hasta antes de la sentencia C 593/93 , que declaró inexecutable el artículo 409 del CST, pues dicha norma estipulaba que los empleados públicos no gozaban de fuero sindical; siendo desde luego desde esa fecha tales servidores objeto de la garantía

La pregunta que surgió entonces fue: cuales son las justas causales causas que debe calificar el juez cuando define un permiso o una acción de reintegro, ¿tratándose de un empleado público?, Hasta el momento no se han determinado, no lo ha hecho el legislador, siendo claro que no es posible aplicar el citado art 410 del C S T

Esto ha venido generando una serie de controversias y criterios encontrados al respecto, no solo en las diferentes instancias sino incluso llegando a pronunciamientos expresos de la Corte Constitucional en un intento por definir el

camino a seguir. **Fue así como en sentencia T-1334 de diciembre 10/2001 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería señaló:**

“...Respecto de los empleados públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria, el legislador no se ha ocupado de señalar en qué eventos existe justa causa, ni en cuáles no sería necesaria la calificación judicial previa, como si lo ha hecho respecto de los trabajadores vinculados por contrato, por lo tanto, se considera por esta corporación que de una parte **corresponde al juez laboral calificar si la causal de retiro constituye o no justa causa, calificación que deberá ser debidamente motivada y de otra parte, procede la calificación judicial previa en todos los casos en que se produzca el retiro del servicio, por cuanto la ley en este sentido tampoco ha establecido excepciones...**”

Aunque no de manera expresa, el anterior pronunciamiento marca una pauta o derrotero, pues le indica al juez que, en el caso de los empleados públicos, debe estudiar **las causales de retiro, pero no obstante lo deja en libertad para definir cuáles de ellas constituyen o no justa causa**, tarea que en principio solo corresponde al legislador, y que sin embargo debe asumir el juez, en su obligación de dar solución a los conflictos que se le presenten, toda vez se itera ante la falta de regulación.

Pero cuáles son las causales de retiro y cuáles de ellas han sido consideradas como justas causas, por parte del H Tribunal de Bogotá, en los casos de fuero de empleados públicos.

La ley 909 de 2004 define en su artículo 41 que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

“ a) Por declaración de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación de desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa

c) Inexequible. Sentencia C541/05

d) Por renuncia regularmente aceptada

e) Retiro, por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez- Condicionalmente exequible. Sentencia C 501/05

f) Por invalidez absoluta

g) Por edad de retiro forzoso

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. Condicionalmente exequible sentencia C1189/05

De igual forma el D.R 1950 de 1973, vuelve a señalar las primeras ocho causales agregando dos más, esto es, revocatoria del nombramiento y muerte.

j) Por 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;

k) Por orden o decisión judicial

l) Por supresión del empleo

m) Por muerte

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes ...”

Ahora cuales, de estas causales, pueden ser consideradas como justas causas por el juez laboral, ¿en la definición de un proceso de fuero sindical de empleado público?

Definitivamente considera la Sala, siguiendo las pautas de la sentencia de tutela antes citada, que solo aquellas conductas que puedan ser consideradas o atribuidas al servidor, como producto de un desarrollo irregular de su relación legal y reglamentaria; pueden ser consideradas como justas causas para dar lugar a la autorización de desvinculación de un empleado público.

En consecuencia, para el caso de los empleados públicos es el juez quien debe definir la justa causa y ahora en el caso de vacancia del empleo por abandono de cargo, como en el caso que nos ocupa; atendiendo lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C1189 de 2005, la cual se itera, condiciona su exequibilidad al derecho de defensa; a fin de determinar si el servidor dejo de asistir al trabajo injustificadamente, pues de lo contrario si en ejercicio de ese derecho de defensa, logra demostrar que existía una causa razonable y justificada para esa falta al trabajo definitivamente no lo será y es que de vieja data así lo ha manifestado la doctrina pues: “ *no basta la sola ausencia al lugar de trabajo, que por sí solo no demuestra el propósito de obrar contra el derecho, sino que es menester además como falta disciplinaria dolosa demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto*” (Carlos Mario Isaza Serrano, Derecho

disciplinario parte general, Bogotá Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez).

No sobra agregar e insistir en que no es tarea del Juez Laboral definir aspectos administrativos del empleo; desde luego asignados a otra jurisdicción, pero si lo es; cuando estamos ante la garantía **de fuero sindical determinar, si existió o no justa causa, que dé lugar a otorgar el permiso para terminar el vínculo, si la conducta del demandado es contraria a derecho o no; dada la falta de regulación al respecto.**

En ese orden y tal como encontró, el Juez el demandado logró demostrar que se encontraba incapacitado para los días que la entidad demandante dice dejó de laborar sin justificación, ella misma admite haber recibido las incapacidades; (Se aportó copia con la contestación y parece en el expediente Exodoncia de Cordales DR OSCAR LEON ROJAS MEDINA), pero se limitó a afirmar que no se pudieron transcribir por no haber sido aportadas tres días después; cuando este trámite administrativo en verdad resulta irrelevante, ante la evidente justificación certificada por odontólogo y que no puede desconocer la Sala.

Por lo anterior se impone CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de acuerdo con lo establecido en el art 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

Mo-10-11.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO - R
LORENZO TORRES RUSSY
Salvo voto.