



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL.

DEMANDANTE: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-

DEMANDADO: JHON JAIR HERNANDEZ CEPEDA

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2022 00495 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El INPEC, mediante apoderada judicial, promovió acción especial de fuero sindical, solicitando se declare que el demandado cuenta con fuero sindical en la ORGANIZACIÓN SINDICAL ESTATAL COLOMBIANA “OSEP NACIONAL”- DIRECTIVA NACIONAL- en el cargo de tesorero y SINDICATO NACIONAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO – SINALPEC - como quinto suplente, que se declare que desempeña en el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, que no asistió a laborar durante varios días desde el 27 de abril hasta el 04 de agosto de 2021 para un total de 90 días sin presentar justificación. En consecuencia, solicitó levantar el fuero sindical del accionado y autorizar su retiro del servicio y se condene en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que el demandado es titular del empleo denominado Dragoneante código 4114, grado 11, que pertenece a la planta global del instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

- INPEC-, adscrito al Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta Media y Mínima Seguridad de Bogotá (COBOG); que mediante oficios del 4 y 25 de agosto de 2021 suscritos por el director de COBOG se informó que el señor Hernández no fue a laborar y no justificó su ausencia en varios días desde abril a agosto de 2021 para un total de 90 días; que el literal i) del artículo 49 del Decreto 407 de 1994 regula el abandono del cargo como causal de retiro para los empleados del INPEC; que mediante oficio del 25 de agosto de 2021 la Subdirección de Talento Humano del INPEC, dio inicio a la actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo en contra del señor JHON JAIR HERNANDEZ CEPEDA, el oficio para la notificación personal de la iniciación del proceso administrativo fue enviado a la última dirección registrada en la hoja de vida del accionado pero fue devuelta por la causal “no existe número”; que mediante constancia secretarial expedida el 18 de febrero de 2022 se informó que el 02 de diciembre de 2021 el demandado fue notificado por aviso del oficio No. 85103-SUTAH-GALAB-2021EE0151982 del 25 de agosto de 2021; que el demandado no allegó prueba alguna que permitiera justificar su ausencia.

Mediante Resolución No. 002385 del 04 de abril de 2022, expedida por el Director del INPEC, se declaró vacante por abandono, el cargo de Dragoneante, código 4114, grado 11 de la planta global del INPEC; la resolución se le notificó personalmente al demandante el 07 de abril de 2022; el 25 de abril de 2022, presentó recurso de reposición; mediante Resolución No. 006874 del 31 de agosto de 2022, el INPEC resolvió no reponer (archivo 1 y 4).

El día 24 de agosto de 2023, se celebró audiencia de que trata el artículo 114 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en la que la parte accionada mediante apoderado judicial presentó contestación a la demanda, por medio de la cual informó que se oponía a las pretensiones de la demanda por cuanto al señor Hernández no se le garantizó el debido proceso tal como se evidencia en el fallo de tutela.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó no autorización de despido por la importancia del cargo sindical y sus fines, excepción de prescripción y caducidad de la acción de levantamiento de fuero sindical e inexistencia del acto de despido.

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

El Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2023, declaró que el demandado

incurrió en las justas causas de despido y retiro del servicio que le fueron endilgadas, autorizó el despido, ordenó levantar el fuero sindical del demandando, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte pasiva.

Como fundamento de su decisión, adujo que una vez revisadas todas las pruebas aportadas que son de orden documental y de contraste con las normas del servicio público de los deberes de los servidores públicos que emanan de la misma Constitución Política en su artículo 125 y de los diversos reglamentos, decretos generales que de antaño han sido emitidos, uno de ellos el Decreto 1970 de 1953 que cita la parte actora en su artículo 126 y la Ley 909 de 2004 claramente consagran la fuente normativa de la justa causa que se invoca en contra del demandado, pero no solo esos estatutos si no también los que de manera general consagra el derecho colombiano frente a los servidores públicos, el ausentismo injustificado y el abandono de cargo constituye claramente una justa causa para el despido del servidor, la desvinculación del mismo de la administración pública y, en el caso del INPEC, el Decreto 407 de 1994 en su artículo 69 numeral 2 de manera muy clara establece que la injustificada inasistencia por más de 3 días a prestar los servicios constituye abandono de cargo.

Precisó que de las resoluciones emitidas y su notificación al señor demandado y de la oportunidad que al mismo se confirió para ejercer el derecho de defensa frente a los cargos que fueron enrostrados sobre el abandono del cargo para la época de los hechos, es muy claro concluir que en efecto sí se demostraron esas justas causas que alega el INPEC en este proceso, está plenamente demostrado el abandono del cargo que hizo el señor JHON JAIR HERNANDEZ CEPEDA por mucho más de los términos que establece la ley (3 días) muchos más días consecutivos sin justificación alguna frente a esa situación lo cual constituye claramente una justa causa de despido y de desvinculación del servidor público al tenor de las normas citadas y que fueron también las que tuvo en cuenta el INPEC para tomar la decisión de desvincular el actor, decisión que están suspendidas o condicionadas a la decisión del juez de trabajo.

Precisó que no se aportó ninguna prueba ni en el trámite administrativo ni tampoco en el judicial por parte del demandado que de alguna manera explicara o justificara los días de ausentismo laboral que le son imputados.

Señaló que si bien una de las defensas de la parte demandada es que no tuvo conocimiento alguno de este procedimiento y otra de las razones es que el procedimiento se adelantó contra una persona distinta presuntamente de nombre Jairo, advirtió que ello no es cierto y que de las pruebas que fueron

aportadas por INPEC, se demuestra que ninguna de las comunicaciones, empezando por la que comunica el inicio de la actuación administrativa y continuando con las restantes y con las resoluciones que la primera declaro la vacancia del cargo y retiro del servicio del demandado condicionando sus efectos al juez de trabajo sobre el levantamiento del fuero sindical, ni tampoco la que confirmó ese acto administrativo en ninguna hace referencia a persona distinta ni de nombre Jairo.

Además, señaló que el recurso de reposición contra la decisión del INPEC es de vital importancia porque demuestra que el demandado tenía conocimiento del proceso en su contra y también del mismo contenido del recurso se consolida la prueba del ausentismo del demandado pues ahí reconoce los ausentismos que pretende justificarlos con situaciones de dolencias en la salud y problemas familiares de los cuales no aportó ninguna prueba en el trámite administrativo o en este proceso judicial, por lo que no se justificó su ausencia a desarrollar las labores. Se limita a decir que no ha sido apoyado, que no ha recibido acompañamiento, pero no aportó respaldo probatorio y acepta que hasta noviembre de 2021 se reincorporó a sus actividades sin allegar justificación válida para su ausencia.

Respecto de la prescripción, indicó que no se encontró demostrada pues de conformidad con el artículo 118 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término es de dos meses desde el agotamiento del proceso si es del caso, en este caso el trámite del INPEC termina con la ejecutoria de la providencia el día 16 de septiembre de 2022 y la demanda se radicó dentro de los dos meses siguientes.

Finalmente, respecto de la acción de tutela adujo que, en primer lugar, la protección deprecada se negó y en todo caso, esa acción versaba sobre hechos diferentes a los que hoy se debaten pues allá se trató de un proceso disciplinario y no de un proceso administrativo como el que hoy nos ocupa, para declarar vacante el cargo.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDADO** presentó recurso de apelación por medio del cual indicó que no deja de reconocer que con la argumentación de la sentencia de primera instancia y con las pruebas se da a conocer que incluso el mismo señor Jair reconoció el ausentismo y que eso fue lo que fundamentó la sentencia, pero solicitó que se analice en segunda instancia el procedimiento y la resolución que no fue notificada en debida forma y además, a la justificación del ausentismo no se le dio el valor suficiente.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Dilucidar si quedó demostrada la justa causa con la que la entidad demandante pretende el levantamiento del fuero sindical del encartado y si se respetó el debido proceso del demandado.

CONSIDERACIONES

El artículo 39 de la Constitución Política consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado. A su vez, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical, como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo, por lo que el interés del empleador dirigido a que se produzca cualquiera de estos eventos, debe adelantarse a través de un proceso especial dirigido a obtener el permiso respectivo.

En el presente caso no existe controversia respecto de la existencia de la Organización Sindical ORGANIZACIÓN SINDICAL ESTATAL COLOMBIANA “OSEP NACIONAL”- DIRECTIVA NACIONAL y del SINDICATO NACIONAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO – SINALPEC. Tampoco está en discusión la condición de aforado del demandado por ser el tesorero de la primera organización y el quinto suplente en la segunda, puesto que así quedó demostrado en la comunicación visible a folio 32 del archivo 1.

Luego, se puede colegir que el encartado es destinatario de las garantías que implica el fuero sindical consagrado en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se tiene entonces, que el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo enseña cuales son las justas causas para autorizar el despido, indicando en su literal b) lo siguiente: (...) *Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato (...).*

Adicionalmente, existe un desarrollo jurisprudencial que establece que el derecho de asociación no es absoluto y se requiere examinar su protección de acuerdo con la situación fáctica que invoca el empleador para justificar el despido, por lo tanto, la Sala procederá a examinar la forma como sucedieron los hechos.

En el caso bajo estudio, la parte actora busca obtener permiso para despedir al trabajador al indicar que incurrió en abandono del cargo, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 61 del Decreto 407 de 1994 pues se ausentó de sus labores por más de 90 días así:

DIAS DE AUSENTISMO LABORAL – JHON JAIR HERNANDEZ CEPEDA			
MES	AÑO	FECHAS DE AUSENTISMO	DIAS DE AUSENTISMO
Abril	2021	27, 28	02
mayo	2021	09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31	23
junio	2021	01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30	30
julio	2021	01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31	31
Agosto	2021	01, 02, 03 y 04	04
		TOTAL	90

Así las cosas, mediante comunicado 85103-SUTAH-GALAB- del 25 de agosto de 2021 se dispuso dar inicio a la actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo (folio 38, archivo 1), actuación administrativa que se adelantó *“de conformidad con lo establecido en el Título III, Capítulos I, IV, V Y VI de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo”, (en especial los artículo 6 al 69) y en virtud del principio constitucional del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia”*

Adicionalmente, advierte la Sala que se le envió oficio de citación al trabajador a fin de notificarlo personalmente de la iniciación del proceso administrativo, sin embargo, a pesar de enviarse a la dirección suministrada por él en su hoja de vida no fue posible la entrega (folios 41 a 43). Por ello y en atención a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, el 28 de octubre de 2021 se procedió a publicar la citación en la cartelera de información de COBOG (archivo 44).

Ante la imposibilidad de notificar personalmente al accionado, procedió la entidad demandante a realizar la notificación por aviso del oficio que dio inicio a la investigación administrativa, notificación que valga decir se encuentra en consonancia con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 (folio 46).

Se advierte que mediante ACTA No 0362 del 17 de noviembre de 2021 el demandado se reincorporó a laborar y no se evidencia justificación alguna sobre su ausencia (folio 47, archivo 01).

Ahora, advierte la Sala que si bien el apoderado del demandado en su recurso insistió en la vulneración al debido proceso del encartado por la indebida notificación, se tiene que a aun cuando el INPEC surtió la notificación del oficio de apertura del proceso administrativo, realizando la notificación por aviso de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, en todo caso, el 18 de noviembre de 2021 una vez el demandado se presentó a laborar (sin presentar excusas de su ausencia previa) se realizó acta de notificación personal al demandado quien se rehusó a firmar y se dejó constancia de ello (folios 48 y 49) y además se realizó una nueva notificación por aviso el 25 de noviembre de 2021 desfijado el 1 de diciembre de aquel año.

En este punto, se indica a la pasiva que el procedimiento seguido por la encartada para la notificación se ajustó a las disposiciones legales y, en todo caso, no se puede pretender que la notificación de un acto administrativo quede a la deriva y sujeto a la voluntad del empleado para dar continuidad al proceso más aun cuando se cumplió el procedimiento indicado en las normas aplicables al caso en concreto, esto es, se cumplió el debido proceso, se le dio la oportunidad legal para pronunciarse y, además, está comprobada la ausencia del accionado POR MÁS DE 90 DÍAS sin que se advierta prueba alguna que la justifique. De conformidad con ello, desestima la Sala alguna vulneración al debido proceso del demandado en el procedimiento de notificación.

Así las cosas, ante la injustificada asistencia a laborar del demandante por un **TOTAL DE 90 DÍAS**, era deber del INPEC declarar vacante por abandono del cargo el cargo de Dragoneante código 4114 tal como se hizo mediante Resolución No. 002385 del 04 de abril de 2022, la cual fue notificada personalmente al demandado (archivo 1, folio 63) y respecto de la cual presentó recurso el cual fue resuelto de forma desfavorable.

Dicho ello, concluye esta colegiatura que al señor Hernández se le garantizó el debido proceso y se realizaron las notificaciones correspondientes siguiendo los parámetros de la ley aplicable, en este caso la Ley 1437 de 2011, por lo que no hay lugar a atender las manifestaciones que el apoderado del convocado a juicio hizo al respecto.

De otra parte, en cuanto a la afirmación realizada en el recurso de apelación que no se le dio el valor suficiente a la justificación del ausentismo, se indica que esta no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

1. Solo hasta el recurso de reposición el demandado trató de justificar su ausencia, sin que antes haya prueba de que informó al INPEC respecto de alguna situación que le impidiera prestar el servicio (folio 64).
2. El demandado no desconoce su falta a laborar, es más, acepta que solo hasta noviembre de 2021 se reintegró y reconoce que cometió un error.
3. Si bien aduce problemas de salud y laborales con los que trata de justificar su ausencia, no hay ninguna prueba de ello más allá de su dicho por lo que se reitera que era carga del demandado demostrar una justificación válida ante su ausencia a trabajar, lo cual no ocurrió en este proceso y se recuerda que la jurisprudencia ha sido reiterada en indicar que *“(...) una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones (...). De ahí (...), es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo”*¹, entonces es claro que no obra prueba alguna que justifique la inasistencia del demandado a laborar **POR MAS DE 90 DÍAS.**

En conclusión, al quedar establecido la ocurrencia de los hechos que se le endilgan al trabajador y que se constituye en una causa legal para el retiro por abandono del cargo de conformidad con el numeral 2 del artículo 61 del Decreto 407 de 1994, en concordancia con el artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, y el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; aunado a que no se demostró vulneración al debido proceso, hay lugar a que la determinación adoptada por el A Quo sea confirmada.

Costas, en esta instancia no se impondrán por no encontrarse acreditadas conforme al numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de febrero de 1980. G.J. CCXXV, pag. 405

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado