



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0211-2021

Radicado N° 03-2019-00897-01

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 CPTSS, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **RUTH JANETH CARRERO VERGARA** contra la sentencia proferida el 09 de septiembre de 2021, que declaró probada la excepción de prescripción y absolvió de todas las pretensiones y no condenó en costas (01:13:11 cd fl. 84).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 51 a 56).**

RUTH JANETH CARRERO VERGARA solicitó su reintegró al mismo cargo que desempeñada por ser despedida pese tener fuero sindical como miembro principal de la organización sindical, en consecuencia, condenar al pago de salarios, prima técnica mensual, demás primas y bonificaciones y adendas de la asignación básica, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 24 de agosto de 2000, fue vinculada provisionalmente en el cargo técnico operativo y con la Resolución 153 del 06 de abril de 2006, fue nombrada profesional universitario Código 219 Grado 14 de la Subdirección Territorial Red

Norte. Aseguró que desde 2005, sufre fibromialgia con dolor articular y por recomendación de la ARL POSITIVA fue incluida en un grupo especial de protección de seguridad al trabajo de la Dirección de Talento Humano de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, condiciones de salud que se mantenían al momento de la terminación de su vínculo; además, padecía gastritis crónica por hernia hiatal. Señaló que desde 2005, ingresó al SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL – SINDESS, formando parte de la Junta Directiva Nacional conforme la Circular Conjunta 042 de 2018 y la Constitución Política de Colombia de 1991. Afirmó que por la Resolución 2361 del 27 de septiembre de 2018, se le notificó que su cargo ingresó a concurso mediante la Convocatoria 431 de 2016 y que MARTHA JOHANA MORENO OVALLE fue designada como elegible, siendo desvinculada desde el 10 de octubre de 2018, desconociendo su empleador su fueron sindical pese las múltiples reclamaciones que le presentó, omitiendo el trámite de levantamiento de fuero sindical señalado en el Decreto 204 de 1957 y que la asignación mensual de su cargo en 2018 era de \$3.249.703 más una prima técnica mensual de \$1.299.881.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

En audiencia celebrada el 30 de junio de 2021, la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la demandante el 24 de agosto de 2000 y el 06 de abril de 2006; que mediante Resolución 2361 del 27 de septiembre de 2018, nombró a MARTHA JOHANNA MORENO OVALLE y el 10 de octubre de 2018 retiró a la demandante, el total devengado por la actora y que no solicitó autorización judicial para terminar la relación. Indicó que la regla general de provisión de empleos en Entidades Públicas es la carrera administrativa a través del mérito, conforme el artículo 125 constitucional, siendo el nombramiento en provisionalidad una excepción que se caracteriza por su temporalidad y transitoriedad, motivo por el cual la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC expidió el Acuerdo 20161000001346 de 2016, para abrir la

Convocatoria 431 de 2016 Distrito Capital, tras lo cual la CNSC expidió la Resolución 20182130090415 de 13 de agosto de 2018, conformando la lista de elegibles de la OPEC 42358 de la demandada, por lo cual cubrió la vacante en estricto orden de mérito conforme el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, lo que conllevó al retiro de la demandante debido a la provisión definitiva del empleo mediante la Resolución 2361 del 27 de septiembre de 2018, por cuanto la demandante no alcanzó el puntaje para acceder al cargo que ocupaba en provisionalidad, sin que fuera necesaria la autorización judicial para retirar a la aforada conforme el numeral 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-1119 de 2005, de otra parte, la terminación de la relación de la demandante ocurrió el 10 de octubre de 2018 y la reclamación administrativa se radicó el 13 de diciembre de 2018, por fuera de los 2 meses señalados en el artículo 118A CPTSS; de otra parte, manifestó que ninguna de las presuntas afectaciones de salud de la demandante le fueron reportadas al Área de Seguridad y Salud en el Trabajo ni a la ARL y, en todo caso, dicha patologías de origen común no generan discapacidad conforme la Circular 042 de 2018 ni un estado de debilidad manifiesta ni hubo calificación de pérdida de capacidad laboral. Interpuso la excepción previa de prescripción y de fondo que no era necesaria autorización judicial para desvincular a la demandante (06:57 cd fl. 67).

El SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL – SINDESS coadyuvó las pretensiones de la demandante. Indicó que la demandante le informó los cargos que ocupó con ocasión de la vinculación a la organización sindical, así mismo, afirmó que se le informó sobre las patologías de salud y que le consta que ella también lo notificó a su empleador, aseguró que la Entidad no le notificó la desvinculación de la demandante, pese lo cual conoció que la promotora del litigio radicó el 17 de octubre de 2021 solicitud de reingreso, por lo cual no hubo prescripción, por último, manifestó que la demandada no solicitó autorización judicial para terminar la relación con la demandante, afectando el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de protección sindical (36:43 cd fl. 67).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 184 a 185, 01:12:12 cd fl. 183).

El 09 de septiembre de 2020, el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada en todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, conforme la parte motiva. TERCERO: SIN COSTAS NI AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia. CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 CPTSS. (...)”.

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si a la demandante tenía derecho a las pretensiones.

Para resolver indicó que la demandante y organización sindical reclamaron el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud, el cual se tramita por el proceso ordinario laboral y no el proceso especial de fuero sindical. De otra parte, manifestó que se acreditó que la demandante fue vinculada a la demandada mediante la Resolución 456 del 10 de agosto de 2000 y que por la Resolución 0153 del 06 de abril de 2006, se le nombró provisionalmente como Profesional Universitario Código 219 Grado 14 del Despacho del Subsecretario, cargo que se asignó a la Subdirección Territorial Norte con la Resolución 1611 del 06 de octubre de 2014 y que mediante la Resolución 2361 del 27 de septiembre de 2018, se terminó su nombramiento en provisionalidad porque por el concurso de méritos se conformó lista de elegibles y se ocupó el cargo por mérito, así mismo, se allegó copia de la constancia de registro y modificación de la Junta Directiva del sindicato **SINDESS** del 14 de octubre de 2015, siendo designada la demandante como Secretaria de Actas y Solidaridad.

Con los anteriores medios de prueba concluyó que la demandante al momento de la desvinculación tenía fuero sindical, sin embargo, no se requería autorización judicial porque el artículo 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005 consagró que si la desvinculación del aforado obedece a que ostenta un cargo en provisionalidad y no supera el concurso de méritos no se requiere tal permiso, tal y como ocurrió en el presente asunto, sin que ello implique el desconocimiento del fuero sindical conforme indicó la H. Corte Constitucional en las sentencias SU-917 de 2010 y T-007 de 2018 ya que ningún fuero es oponible a quien gana la plaza por mérito mediante concurso público.

Por último, indicó que aún en caso de requerirse autorización judicial se generó la prescripción de la acción de reintegro, porque desde la desvinculación el 10 de octubre de 2018 pasaron más de dos meses hasta la reclamación de fecha 13 de diciembre de 2018 y radicada el 17 de diciembre de 2018, la cual se contestó el 27 de diciembre de 2018, pese lo cual la demanda se radicó el 19 de diciembre de 2019.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia, conforme la posición de la H. CSJ adoptada en sentencias STL4957 de 2016, STL2187 de 2017, STL7122 de 2019, entre otras, en las cuales concluyó que dicho grado procede en los procesos especiales de fuero sindical.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a su reintegro por la presunta vulneración del fuero sindical, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VI. CONSIDERACIONES

Se encuentra por fuera de controversia los siguientes hechos: *i)* la demandante **RUTH JANETH CARRERO VERGARA** se vinculó a la demandada **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ D.C.** con la Resolución 456 del 10 de agosto de 2000 para ocupar en provisionalidad el cargo Técnico Código 401 Grado 02 de la Oficina de Participación Social – Subsecretaria (fl. 18 a 20); *ii)* la demandante ocupó en provisionalidad el cargo Profesional Universitario Código 219 Grado 14 del Despacho Subsecretario, a partir de la Resolución 0153 del 06 de abril de 2006 (fl. 18 a 20); *iii)* el cargo Profesional Universitario desempeñado por la demandante, mediante Resolución 516 del 08 de noviembre de 2013, se trasladó a la Subdirección Territorial Red Norte (fl. 18 a 20); *iv)* mediante constancia de Registro Modificación de la Junta Directiva y/o Comité Ejecutivo de una Organización Sindical del 14 de octubre de 2015, por el cual el **SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL – SINDESS** informó que la demandante fue designada como la quinta suplente de la Junta Directiva en el cargo de Secretario de Acta y Solidaridad (pág. 27 archivo “*Pruebas Servicio a la Ciudadanía Copias Derechos de Petición*” cd fl. 88); *v)* mediante la Resolución 2361 del 27 de septiembre de 2016, la demandada terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, una vez MARTHA JOHANNA MORENO OVALLE tome posesión de dicho empleo en que fue nombrada en periodo de prueba (fl. 32 a 33); *vi)* la demandada aceptó como cierto el hecho 7 de la demanda, reconociendo que la desvinculación de la demandante se hizo efectiva el 10 de octubre de 2018 (fl. 51vto, 08:17 cd fl. 67).

- **Sobre el Fuero Sindical.**

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización sindical, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 CST define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 CST determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró probada la excepción de prescripción y absolvió de todas las pretensiones y no condenó en costas.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar que en el presente asunto no hay discusión de la calidad de empleada pública de la promotora del litigio durante su vinculación con la demandada, aspecto que se acredita con la certificación expedida el 30 de noviembre de 2016 por la demandada, la cual da cuenta que la vinculación de la promotora del litigio se realizó a través de acto administrativo: primero, ocupando un cargo técnico en virtud de la Resolución 456 del 10 de agosto de 2000 y desde la Resolución 0153

del 06 de abril de 2006 ocupó en provisionalidad el cargo Profesional Universitario Código 219 Grado 14 (fl. 18 a 20).

La vinculación legal y reglamentaria de la demandante es relevante, por cuanto permite aplicar el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, el cual establece el procedimiento de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para el cumplimiento de sus funciones.

La precitada norma determinó que no se requiere autorización judicial para retirar del servicio a los empleados públicos amparados con fuero sindical en tres eventos, uno de los cuales es el previsto en el numeral 24.3, según el cual no se requiere autorización 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.

En el presente asunto, la demandada aportó la Resolución 20182130090415 del 13 de agosto de 2018, proferida por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, acto administrativo que determinó que la CNSC a través del Acuerdo 20161000001346 del 12 de agosto de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 181 empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de la demandada mediante la Convocatoria 431 de 2016 Distrito Capital y, una vez agotado dicho concurso, conformó la lista de elegibles para proveer 3 vacantes del empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 14, sin que en dicha lista figure la hoy demandante (archivo "*Resolución CNSC20182130090415-13-08-2018 ListaElegibles*" cd fl. 65).

Los anteriores elementos de prueba acreditan que el cargo que la demandante ocupó en provisionalidad desde 2006, fue ocupado definitivamente por la persona que ocupó el tercer puesto de la lista de elegibles conformada para el empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 14 en virtud de la Resolución 20182130090415 del 13 de agosto de 2018, circunstancia en la cual no se requiere de autorización judicial para dar por terminada la relación de la demandante aún siendo beneficiaria del fuero sindical derivado de su calidad de quinta

suplente de la Junta Directiva en el cargo de Secretario de Acta y Solidaridad del **SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL – SINDESS**, conforme el numeral 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005 (pág. 27 archivo “*Pruebas Servicio a la Ciudadanía Copias Derechos de Petición*” cd fl. 88).

Advierte la Sala que el numeral 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005 fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-1119 de 2005, providencia en la cual la Alta Corte señaló que dicha norma es acorde a la Constitución, por cuanto no se requiere autorización judicial ya que no se trata de verificar la existencia de una justa causa para terminar el vínculo sino de dar cumplimiento a las normas de acceso a la función pública a través del mérito e igualdad de oportunidades de los aspirantes que participan en un concurso público de carrera administrativa, siendo la vinculación del servidor público en provisionalidad por esencia transitoria y por ello cede ante quien ocupa, de manera definitiva, el empleo al superar el concurso público de méritos.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia también ha sostenido que la terminación del contrato de trabajo del servidor público amparado por fuero sindical no requiere autorización judicial en los tres casos consagrados en el artículo 24 del Decreto Ley 760 de 2005, tal y como indicó el Máximo Tribunal de Cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en las sentencias STL7254 de 2017 y STP11883 de 2017.

Así las cosas, no queda duda alguna para esta Corporación que en el caso concreto de la demandante no era necesario solicitar autorización judicial par dar por terminada su relación legal y reglamentaria, pese ser beneficiara del fuero sindical, toda vez que su desvinculación del cargo que ocupaba en provisionalidad se dio con ocasión del nombramiento en propiedad en dicho empleo por parte de quien superó el concurso público de mérito para ocupar tal plaza, situación que concuerda con la causal del numeral 24.3 del Decreto Ley 760 de 2005 para no exigir autorización judicial.

Al no tener exigirse autorización judicial para terminar la relación entre las partes, no hay mérito alguno para acceder a las pretensiones de la demandante, no obstante, se modificará el numeral primero de la sentencia de primera instancia, para declarar de oficio la excepción de inexistencia del derecho reclamado, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 282 CGP, aplicable a nuestra especialidad laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, por cuanto en el presente asunto no hay objeto alguno en estudiar la excepción de prescripción habida cuenta que a la demandante no le asistía derecho a la autorización judicial previa para que la demandada diera por finalizada su relación legal y reglamentaria.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** probada de oficio la excepción de inexistencia del derecho, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

En Uso de Permiso
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.