

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITAN

*PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO - CARLOS
EDUARDO GAMBOA SÁNCHEZ CONTRA BOGOTÁ D.C.-CONCEJO DE BOGOTÁ,
D.C.*

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero 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 propuesto por la parte demandada
contra la sentencia del 7 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado
Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la
referencia.*

S E N T E N C I A

DEMANDA

*Carlos Eduardo Gamboa Sánchez, por medio de apoderado judicial, demandó
a Bogotá D.C., para que previo el trámite del proceso especial de fuero
sindical, se declare que en el momento del retiro se encontraba amparado por
el fuero sindical. Como consecuencia se le reintegre al cargo de asesor código
105 que desempeñaba al momento del despido o a otro de igual o superior
categoría y se ordene el pago de los salarios, primas técnicas, prestaciones
sociales, vacaciones aportes al sistema de general de seguridad social
causados desde esa fecha hasta cuando sea reintegrado, como si no hubiere
existido solución de continuidad y costas del proceso.*

Fundamentó la anterior súplica en los hechos vistos a folios 77 y 78, en los que en síntesis indicó que: de acuerdo a la naturaleza especial del empleo del demandado, este hace parte de la Unidad de Apoyo Normativo del Concejal Severo Correa Valencia en el cargo de asesor código 105, grado salarial 06; posesionándose el 3 de agosto de 2001 a través de acta No. 317, y manteniendo la vinculación hasta el 26 de diciembre de 2019, cuando hacía parte de la Unidad de Apoyo Normativo del concejal Ricardo Correa; se inscribió en el acta de constitución del Sindicato de Trabajadores Unidos por Bogotá, SINTRAUNBOGOTÁ, del 10 de diciembre de 2019 como miembro fundador; el 26 de septiembre de 2019 la mesa directiva del Concejo de Bogotá, expidió la resolución 0897 en la que se declaró su insubsistencia, lo que contraviene el artículo 405 del CST, toda vez que no se calificó por el juez de trabajo la justa causa para despedirlo, de manera que recurrió el acto administrativo en reposición y en subsidio apelación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el admisorio de la demanda, corrido el traslado de rigor el demandado dio contestación a la misma en audiencia pública realizada el 7 de septiembre de 2021 (C.D. folio 234), oponiéndose a las pretensiones, aceptando los hechos que tienen que ver con la forma de vinculación del demandante, la declaración de insubsistencia, los recursos perpetrados, así como la calidad de miembro de SINTRAUNBOGOTÁ. Aclaró que el nombramiento inicial del actor acaeció con ocasión a la postulación que el concejal Severo Correa Valencia efectuó del actor para el empleo de libre nombramiento y remoción denominado asesor código 115, manteniéndose en dicho cargo hasta el año 2015, fecha en la que el concejal Correa Valencia no salió electo nuevamente. En aquella oportunidad Gambo Sánchez junto con otros empleados de concejales que no fueron electos para el período 2016-2019 conformaron el Sindicato de Servidores Públicos del Concejo de Bogotá - SINDISERPUCON el 21 de octubre de 2015, de modo que al encontrarse el empleado en una situación administrativa especial, mediante resolución 1104 del 30 de diciembre de 2015, se asignó a la Unidad de Apoyo Normativo del concejal Ricardo Andrés Correa Mojica, electo para el período constitucional

2015-2019, y quien ratificó a Carlos Eduardo el 7 de abril de 2016. Finalmente, precisó que SINTRAUNBOGOTÁ, es un sindicato conformado, por empleados que estaban adscritos a las unidades de varios concejales que no fueron electos para el siguiente período constitucional y que la vinculación reglamentaria con el accionante estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2019. Como medios de defensa propuso las excepciones previas de omisión de reclamación administrativa y pleito pendiente y de mérito las de inexistencia de la calificación judicial de la causal de despido y presunción de legalidad de acto administrativo de declaratoria de insubsistencia.

En audiencia del 7 de septiembre de 2021 (C.D. fl. 234) se tuvo por no probadas las excepciones previas formuladas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de conocimiento, mediante sentencia referida al inicio de este fallo, (C.D. fl. 234), puso fin a la primera instancia, donde absolvió a la demandada de todas la pretensiones invocadas en su contra, declaró probada la excepción de improcedencia de la calificación judicial de la causal de despido e impuso costas al actor en cuantía de \$100.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que i) lo realmente a determinar en el asunto, es si era posible declarar la insubsistencia sin que se acudiera a solicitar la autorización del juez del trabajo, aunado a ello; ii) al declarar la insubsistencia acaeció el despido, así que al darse la desvinculación definitiva no se respetó el fuero sindical, obviando el precedente constitucional referente a que los empleados de libre nombramiento y remoción tienen derecho a conocer los motivos de sus desvinculación; iii) nótese que contrario a lo dicho por la encartada, fue un miembro fundador del sindicato junto con otros asociados en ejercicio del derecho constitucional que le asiste, por tanto, no

puede aducirse que constituyó unilateralmente varios sindicatos con el objetivo de evadir la insubsistencia.

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

Como quiera que el punto de controversia en esta instancia se circunscribe a establecer si la declaración de insubsistencia desconoció el fuero con el que contaba el actor, contraviniendo con ello el derecho de asociación, sin que mediara abuso del derecho por haber pertenecido a varios sindicatos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y dela SS, la Sala abordara el estudio correspondiente.

V Í N C U L O L A B O R A L

No se controvierte en esta instancia la existencia del vínculo legal y reglamentario que ató a las partes entre el 3 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2019 cuya terminación obedeció a la declaración de insubsistencia del empleado, ni la condición de aforado del demandado y su cargo al interior del mismo, como tampoco el cargo que desempeñó en el Concejo de Bogotá de asesor código 115 Grado salarial 06.

F U E R O S I N D I C A L

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 o servidores públicos a no ser despedidos o desvinculados, 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, declarado insubsistente, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo siempre y cuando haya incurrido en una de las justas causas señaladas en la ley o un modo de desvinculación, la cual debe ser calificada previamente por el juez del trabajo.

Como en el caso analizado se trata de un empleado público se debe acudir a lo previsto en el artículo 1° del decreto 3074 de 1968 y el artículo 105 del decreto 1950 de 1973, que trata de las causas que dan lugar al retiro del servicio del empleado público y que implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas, lo anterior por cuanto la ley 909 de 2004 que dispone en su artículo 41 la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, ésta no se aplica a quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales (literal d) del artículo 3° ibídem).

Los trabajadores o servidores que están amparados por esta garantía son los señalados en el artículo 12 de la ley 584 del 2000:

"Están amparados por fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses...Parágrafo. 1°- Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración."

O sea, que tratándose del fuero sindical para este tipo de trabajadores o servidores públicos, éste tiene vigencia hasta por dos meses contados a partir de la resolución que ordena la inscripción de la organización sindical en el registro sindical sin exceder de seis meses desde la fundación de aquella, esto es, que el tiempo de amparo no puede superar los seis meses desde la fundación del sindicato.

La Resolución 0897 del 26 de diciembre de 2019 mediante la cual se dio por terminada la relación legal y reglamentaria señala:

“mediante circular 2019IE-14734 del 29 de octubre de 2019, la Mesa Directiva de la Corporación en su calidad de nominador, dio las instrucciones a los concejales, para el manejo de las Unidades de Apoyo Normativo, por la finalización del período constitucional 2016-2019, donde se les solicitó a los cabildantes del presente período, que no se inscribieron como candidatos al concejo para el período constitucional 2020-2023 y/o concejales que no fueron electos en los comicios electorales del 27 de octubre de 2019: “... proceder a liberar en la actual vigencia, los cupos asignados de sus Unidades de Apoyo Normativo, os cuales deberán quedarse libres al 31 de diciembre del presente año. Con este fin se deberá radicar en el Proceso de Correspondencia las respectivas novedades hasta el día viernes 29 de noviembre de 2019, a efectos de que al 3 de diciembre (fecha de cierre de novedades), se tenga por parte de la Dirección Administrativa la relación consolidada de situaciones administrativas correspondientes a sus AUN...En el evento de no acogerse por sus Despachos la presente recomendación dentro de la oportunidad señalada, esta Mesa Directiva en su condición de Nominador, se verá obligada a dar por terminada la vinculación laboral de los funcionarios de sus unidades de sus Unidades de Apoyo Normativo, por finalización del período constitucional 2016-2019, en aras de garantizar el cabal cumplimiento de los fines del Estado y respetar el derecho de los concejales electos para el período 2020-2023 de postular y conformar sus UAN con funcionarios de manejo y confianza”

Se tiene en primer lugar, que el demandante a través de Resolución 00371 del 3 de agosto de 2001 fue nombrado asesor código 105, dentro del grupo de Apoyo Normativo del concejal Severo Correa Valencia (fls. 15 y 16), luego, el 14 de octubre de 2015, participó en la fundación del Sindicato de Servidores Públicos del Concejo de Bogotá, SINDISERPUCON (fls. 142 a 157), por lo que la demandada respetando el fuero proveniente de esa calidad, expidió la Resolución 1104 del 30 de diciembre de 2015 “Por la cual se asignan unos funcionarios en situación administrativa especial a unidades de Apoyo Normativo de Concejales” mediante la cual se le reasignó el empleado al concejal Ricardo Andrés Correa Mojica (fl. 163), quien el 7 de abril de 2016, ratificó el nombramiento del demandante (fl. 164)

Ahora en circular 29 de octubre de 2019, se solicitó a los concejales no reelegidos que procedieran a liberar las plazas de libre nombramiento y remoción de las Unidades de Apoyo Normativo, para que los nuevos dignatarios hicieran los nombramientos respectivos. Se constata igualmente, que el 10 de diciembre de 2019, se constituyó el Sindicato de Trabajadores Unidos por Bogotá, SINTRAUNBOGOTA (fls. 21 a 37), asociación de la que fue fundador el hoy demandante.

En este orden, precisa resulta señalar que es inadmisibile que se use la protección sindical de manera indiscriminada, máxime cuando el derecho de asociación sindical y su fuero se materializó con la fundación de SINDISERPUCON, por lo que la entidad reconoció y respeto la garantía foral derivada de dicha organización, de manera que al fundar otra organización sindical con identifico propósito en la misma empresa, no tiene razón de existir, más allá de obtener un amparo ilegítimo, que es lo que se vislumbra del comportamiento de los servidores públicos que crearon a SINTRAUNBOGOTA, siendo así, no puede el ordenamiento constitucional y legal proteger dicha conducta, como claramente lo señala el artículo 95, numeral 1º de la constitución política y 1603 del código civil, por abuso del derecho.

La Corte Constitucional, sobre el ejercicio de los derechos, en sentencia T-511 de 1993, precisó:

“La voluntad del Constituyente de no consagrar solamente derechos en cabeza de las personas sino también deberes y obligaciones, exigencia de suyo elemental para hacer posible la convivencia social, vino a plasmarse en el artículo 95 de la Constitución. El numeral 1º del artículo citado establece el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de "equilibrio" en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía.

En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales.

El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta (CP art. 95). El preámbulo de la Constitución expresamente consagra como uno de sus fines asegurar la convivencia, la igualdad y la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo. Esta finalidad no se podría alcanzar sin la cooperación activa de los particulares quienes son responsables por infringir la Constitución y las leyes y, además, por abusar de sus propios derechos, conducta ésta que de aceptarse como práctica social conduciría a la segura entronización de un orden injusto (CP art. 6). En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.

El contenido de un derecho constitucional establece un marco de referencia para su ejercicio legítimo. En la práctica, el reconocimiento normativo de un derecho ofrece un amplio espacio para su expansión. Sus manifestaciones concretas deben corresponder al ámbito de poder específico protegido por el ordenamiento jurídico y no apartarse del horizonte de su significación histórico objetiva.

De otra parte, la protección constitucional de un derecho constitucional exige que su ejercicio sea fiel a su finalidad. La estructura teleológica de los derechos constitucionales asegura a sus titulares porciones de libertad e igualdad, de manera que esferas específicas de la vida estén fuera del alcance del poder del Estado o de las organizaciones privadas y que los intereses de todos sean tenidos en cuenta en la distribución de los beneficios derivados de la vida social. Sin embargo, el ejercicio de los derechos constitucionales con fines contrarios al orden jurídico democrático y participativo - por violación de los principios de dignidad humana, solidaridad, buena fe o efectividad de los derechos consagrados en la Constitución - desvirtúa el sistema normativo y al mismo no se extiende la protección estatal.

El artículo 95 de la CP se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son la materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades".

Por lo precedente se habrá de confirmar la sentencia apelada, toda vez, que la entidad demandada no puede proteger otro fuero sindical, derivado de otra organización sindical creada en la misma institución, para idéntico fin, lo que desnaturaliza el objeto y la razón de ser del derecho asociación sindical, y, por el contrario, salta a prima facie que el fin de esa creación no era otro que mantener una protección personal del demandante y de quienes la fundaron, con el único propósito de impedir a la entidad la terminación de la relación laboral, como acertadamente lo determinó el a quo.

En gracia de discusión, el artículo 107 del decreto 1950 de 1973 establece qué: "en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados." De igual manera el artículo 109 de la misma normatividad, indica qué: "La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora." entonces como el precepto en cita no prevé ningún procedimiento para la declaratoria de insubsistencia de los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, en razón, a que dicha declaratoria es procedente de forma inmotivada, esto es, sin procedimientos o condiciones, y además goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado¹, situación que por supuesto puede ser susceptible de ser desvirtuada en la instancia correspondiente, enfoque que es uniforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que sobre este tema, ha enseñado: "En el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, la

¹ Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10), del 23 de febrero de 2011

discrecionalidad del nominador es más amplia, y su desvinculación se ha establecido como excepción al deber de motivación del acto administrativo²".

Se aúna entonces que respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, no es posible predicar la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera administrativa, habida consideración que el mismo se basa en la confianza que tenga el nominador sobre el empleado, pues es quien tiene el poder de discernir cuál es la persona idónea que lo habrá de acompañar en las cuestiones laborales.

En tal sentido, en el caso de marras el nexo legal y reglamentario continua por voluntad del concejal postulante y en tanto este perdure en el cargo, pues no está sometido a un periodo constitucional ni legal, lo anterior ya fue advertido por el Departamento de Servicio Civil en concepto 001 de 2009, en donde se indicó lo siguiente:

"Respecto de las Unidades de Apoyo Normativo, en concepto de este Departamento le manifestamos que, existen jurídicamente mientras el concejal que tiene derecho a dicha Unidad, este ejerciendo el periodo constitucional para el cual fue elegido.

En cuanto a los cargos de los Concejales, es importante precisar que, es la misma la Ley 617 de 2000, la que contempla la posibilidad de la existencia de las Unidades de Apoyo Normativo, las cuales estarían directamente ligadas a los concejales, apoyándolos en el ejercicio de sus funciones.

Es de anotar, que cada concejal postula ante la Mesa Directiva las personas que desea que conformen su Unidad, siendo función de la Mesa Directiva proceder a efectuar los nombramientos, previa solicitud del respectivo concejal, los cuales desempeñaran los cargos por el mismo periodo constitucional establecido para el Concejal.

En el evento que el concejal no sea reelegido, y como quiera que las vinculaciones de los funcionarios que conforman las Unidades de Apoyo Normativo se realizaron mediante nombramientos ordinarios, el retiro del servicio de los mencionados funcionarios se deberá efectuar mediante acto administrativo motivado, en el cual se indique que el retiro obedece a la desaparición de la

² Sentencia T-716/13

Unidad de Apoyo Normativo, por terminación del periodo constitucional del concejal que los postuló." Subrayas del Despacho.

Colorario de lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida.

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

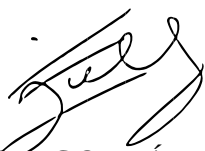
Primero.-Confirmar la sentencia apelada, por las razones referidas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación de costas la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado