

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYAN**

Popayán, Mayo Dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA Nro. 79

<b>RADICACION</b>	<b>19001-33-33-006-2017-00147-00</b>
<b>DEMANDATE</b>	<b>CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>PATRIMONIO AUTÓNOMO INCODER LIQUIDADO - FIDUAGRARIA</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>

**I ANTECEDENTES**

**CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ** formula el presente medio de control en contra del PATRIMONIO AUTONOMO INCODER LIQUIDADO – FIDUAGRARIA para que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

Declarar la Nulidad del oficio No 20162146696 de 5 diciembre de 2.016 mediante el cual EL INCODER EN LIQUIDACIÓN da por terminada la vinculación Laboral del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ. La Nulidad del artículo 2 del Decreto No 1193 del 21 de Julio de 2.016 mediante el cual se suprimen unos empleos de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER – en Liquidación. La Nulidad del oficio No 20162138009 de 18 de agosto de 2.016 mediante el cual se comunica la supresión del empleo del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ. La Nulidad del oficio No 000150 de 19 de enero de 2.017 mediante el cual el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES da respuesta al oficio No 2.016117611 que solicita no se diera por terminada la vinculación laboral.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del Derecho se condene al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACION – FIDUAGRARIA S.A al reconocimiento y pago de la indemnización especial equivalente a seis (6) meses de salarios, como lo establece el artículo 116 del CPT.

De igual manera se condene al pago de las Cesantías causadas a favor del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ en el año 2.016 con sus respectivos intereses de mora causados desde el 14 de febrero de 2.017 hasta la fecha en que efectivamente sean cancelados.

Que en caso de no efectuarse la REINCORPORACION del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ la demandada proceda a efectuar el pago de la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909, al ostentar mi mandante la calidad de empleado en carrera. **QUINTO:** Que las sumas de dinero reconocidas devenguen los intereses señalados en el artículo 177 del C.C.A. desde la fecha de ejecutoria del fallo. **SEXTO:** Que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del fallo.

## HECHOS

Como sustento de las pretensiones la parte actora expuso:

El señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ, inicialmente estuvo vinculado en el INCORA Regional Nariño desde el 30 de mayo de 1.996 hasta el 31 de Agosto de 2.003; Mediante Resolución No 0631 de 19 de septiembre de 2.003 fue INCORPORADO en el cargo de TECNICO OPERATIVO Código 4080 Grado 15 de la Planta Global del INCODER en la Oficina de Enlace Territorial # 4 GRUPO TECNICO TERRITORIAL con sede en Popayán. Mediante Resolución No 3706 del 27 de diciembre de 2.007 nuevamente fue INCORPORADO en la Planta Global del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER para desempeñar el cargo de TECNICO OPERATIVO Código 3132 Grado 15.

El señor CESAR AUGUSTO MARINTEZ, ostentó la calidad de Vicepresidente de la SUBDIRECTIVA OFICINA DE ENLACE TERRITORIAL OET No 4 de SINTRAINCODER, depositada en el Ministerio del Trabajo mediante Resolución No 545 del 31 de agosto de 2.005.

Mediante Oficio No 2.0162138009 de 18 de agosto de 2.016 El INCODER en Liquidación le comunica la supresión de su empleo en Carrera Administrativa indicándosele que mediante Decreto No 1193 del 21 de Julio de 2.016 se suprimieron unos empleos de la planta de personal del INCODER por lo cual se dispuso la supresión del empleo TECNICO OPERATIVO 3132 grado 15. De igual forma en dicho oficio se le comunica que se hizo el análisis de las plantas de personal de las agencias ANT y ADR en las cuales no se encontró empleo igual o equivalente vacante para su incorporación razón por la cual se procederá a su retiro una vez se cumplan con las condiciones previstas en el artículo 2 del decreto 1193 de 2.016.

Mediante Oficio No 20162146696 de 5 diciembre de 2.016 el INCODER EN LIQUIDACION comunica la supresión efectiva del empleo, indicando que de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1894 de 2.016, su vinculación laboral iría hasta el 6 de diciembre, fecha en la cual se cerraría el proceso de liquidación del INCODER. De igual manera se le indicó que según el artículo 29 del Decreto Ley 760 de 2.005, le asiste el derecho de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2 del Artículo 44 de la Ley 909 de 2.004, o por ser reincorporado en un empleo de carrera igual o equivalente al suprimido en otras entidades de la Rama Ejecutiva. El señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, optó por la REINCORPORACIÓN.

El Incoder en Liquidación al dar por terminada la vinculación laboral del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ no cumplió con la condición suspensiva a la que se encontraba sujeta, cual era que hasta tanto el Juez laboral no determinara que existía una justa causa para desvincular a un trabajador aforado no se levantara el fuero sindical, por ello, EL INCODER EN LIQUIDACION al expedir un acto administrativo de terminación de la vinculación laboral de mi mandante vulnera lo establecido en el artículo 21 del Decreto 2365 de 2.015 Por el cual se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural- INCODER, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.

Mediante Petición, el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ a través de apoderado judicial solicita a La FIDUAGRARIA S.A continuar su vinculación, toda vez que no se ha levantado el fuero sindical y además ostentaba la calidad de empleado en carrera administrativa. Por Oficio No 000150 de 19 de enero de 2.017 EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACION da respuesta a lo solicitado e indica que: *“reiteramos lo dispuesto en el Artículo 19 del Decreto 2365 de 2.015 que establece: (...) En todo caso, al vencimiento del término de la liquidación del Incoder-, en Liquidación, todos los empleos quedarán automáticamente suprimidos y se terminaran las relaciones laborales, de acuerdo con el régimen laboral aplicable”* por dicha consideración se despacha desfavorablemente la petición elevada.

Mediante Auto Interlocutorio No 857 de Veinticuatro (24) de Octubre de 2.016 El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán admite Demanda Especial de Levantamiento de Fuero Sindical y en enero de 2.017 se procede a contestar la demanda y hasta la presentación de solicitud de conciliación prejudicial, no se ha efectuado pronunciamiento acerca de la autorización del levantamiento del Fuero Sindical. Es decir se desvincula a mi mandante sin que se hubiera dado cumplimiento a la Condición suspensiva a la que se encontraba sujeta el INCODER EN LIQUIDACION.

Por Resolución No 01572 de 06 de diciembre de 2016 el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER en Liquidación ordenó el reconocimiento y pago de la Liquidación de Prestaciones Sociales, pero en ella no se tuvo en consideración el pago de las cesantías de la que es beneficiario.

A la Terminación del INCODER y al ostentar la Calidad de Empleado en Carrera Administrativa, se optó por LA REINCORPORACIÓN pero la Comisión Nacional Del Servicio Civil no ha dado trámite a dicho proceso, toda vez que ha solicitado AL PAR INCODER información sobre el Aparte del Manual de Funciones y Requisitos del empleo denominado Técnico Administrativo Código 4065, Grado 12 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria-INCORA, referentes a los requisitos de estudio y experiencia exigidos para el desempeño, y Apartes del Manual de Funciones y Requisitos del Empleo en que se incorporó en el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural denominado Técnico Operativo, Código 4080 Grado 15, información que a la fecha no ha sido aportada por parte del PAR INCODER EN LIQUIDACION, por lo tanto el trámite de REINCORPORACIÓN se encuentra suspendido.

## **ACTUACIONES SURTIDAS**

La demanda fue interpuesta el 19 de mayo de 2017, previo trámite de su corrección fue admitida mediante providencia de fecha 05 de julio de 2017, el 11 de septiembre de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial y el 29 de enero audiencia de pruebas.

## **PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD DEMANDADA**

### **FIDUAGRARIA SA**

Explica que mediante Decreto 2365 de 2015 se ordenó la supresión y liquidación del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural Incoder, el cierre del proceso se produjo el 06 de diciembre de 2016 y con ello tuvo lugar la extinción jurídica de la entidad, razón por la cual a partir del 7 de diciembre la entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones. Con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio, INCODER suscribió contrato de fiducia mercantil con FIDUAGRARIA SA, dicha entidad actúa como vocera y administradora de dicho fondo y no es continuadora del proceso de liquidación de INCODER. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula la excepción de prescripción además de las de INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES PARA CON EL DEMANDANTE DE PARTE DE FIDUAGRARIA; AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA TANTO DE INCODER COMO DE FIDUAGRARIA, INEXISTENCIA DE SUCESIÓN PROCESAL NI SUBROGACIÓN, INEXISTENCIA DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS NI DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL DEMANDANTE Y

FIDUAGRARIA, todas ellas principalmente sustentadas en la inexistencia de una relación entre el demandante y la entidad demandada. Igualmente alega como excepción la de RESPONSABILIDAD LIMITADA SOLO A LOS TERMINOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO puesto que señala que no se debe ninguna suma de dinero al actor, IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS, INEXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN, DE VIOLACION DE NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE LA DESVINCULACIÓN DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE NORMA SUPERIOR, INEXISTENCIA DE FUERO SINDICAL DEL DEMANDANTE.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE (Folio 251):**

Sostiene que están llamadas a la prosperidad las pretensiones de la demanda por cuanto que no se levantó el fuero sindical del demandante, existe falsa motivación del acto acusado porque se sustentó en un decreto que no tiene relación con la liquidación de INCODER, reitera que en la demanda se solicitó el pago de la indemnización de que trata el artículo 116 del CST. Afirma que en el proceso se encuentra acreditado que el demandante solicitó la reincorporación ante la CNSC pero debido a la tardanza en el trámite desistió de la petición, igualmente acepta que se encuentra demostrado el pago de las cesantías sin embargo dice que se han causado intereses por mora en su pago, reitera que el asunto se circunscribe a solicitar la nulidad del acto acusado porque el actor fue desvinculado sin que se levantara el fuero sindical.

### **ALEGATOS DE FIDUAGRARIA (folio 199)**

Señala que las pretensiones no están llamadas a la prosperidad porque la terminación de la relación laboral tuvo causa legal como lo fue la extinción jurídica de INCODER por tanto considera que los actos acusados son legales, señala que el actor tenía derecho de optar por la indemnización o la reincorporación y en el presente caso la CNSC arrió copia de la Resolución 2017020055335 de 05-09-2017 por la cual se ordena acceder a la solicitud de desistimiento presentada por el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, en consecuencia fue cancelada la suma de \$66.088.055 por concepto de indemnización y respecto de las cesantías se tiene que fueron canceladas como se demostró con el extracto anual de cuenta individual expedido por el FNA.

## **II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia**

Por la naturaleza del proceso y el último lugar de prestación del servicio, este despacho es competente para conocer del presente asunto, según lo establecido en los artículos 138, 155 # 6 y 156 # 2 de la Ley 1437 de 2011.

El medio de control no se encuentra caducado para la fecha de presentación de la demanda, según lo previsto en el artículo 164 numeral 2 literal c) de la Ley 1437 de 2011, por cuanto que mediante oficio calendado el 5 de diciembre de 2016 se comunicó la supresión del empleo desempeñado por el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ en el INCODER y se le indicó que no era procedente la incorporación y que podría optar por la indemnización o la reincorporación ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. No se tiene fecha cierta de la notificación personal de este oficio al actor, sin embargo se tiene que a folio 11 del cuaderno de pruebas se allega radicación de fecha 9 de diciembre de 2016 de correo electrónico por parte del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, por medio del cual realizó solicitud de REINCORPORACION ante la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, comunicación en la cual acepta conocer el contenido del oficio de 5 de diciembre de 2016 que determinó la supresión de su cargo.

Por tanto es dable concluir que el actor manifestó conocer el contenido del acto el 9 de diciembre de 2016 así que el término de caducidad se cumpliría el 10 de abril de 2017, la solicitud de conciliación prejudicial se elevó el día 28 de marzo de 2017 (folio 44) la constancia de fracaso conciliatorio es de fecha 16 de mayo de 2017 y la demanda fue incoada el 19 de mayo de 2017 (folio 57).

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde al Juzgado establecer si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio 20162146696 de 5 de diciembre de 2016, el artículo 2 del Decreto Nro. 1193 del 21 de julio de 2016 mediante el cual se suprimen unos empleos de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER- En liquidación-, el oficio Nro. 2.016117611 por el cual se requirió no dar por terminada la vinculación laboral. Igualmente habrá de determinarse si a título de restablecimiento del derecho se debe cancelar indemnización o se debe proceder con la reincorporación, así mismo habrá de definirse sobre el pago de cesantías del año 2016.

## **TESIS DEL DESPACHO**

Respecto de los argumentos de la parte actora sobre ilegalidad de la supresión del cargo del actor por vulneración del fuero sindical que dice le amparaba, este despacho judicial encuentra que dicho argumento debió ser objeto de análisis a través de la acción especial de reintegro con la cual contaba el demandante ante la jurisdicción ordinaria dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto que resolviera la petición elevada por el interesado en tal sentido. En resumen los argumentos sobre desconocimiento de fuero sindical, constituyen materia de análisis y discusión por el juez laboral lo que concluye a una falta de competencia de esta instancia para efectuar un pronunciamiento sobre este argumento.

Se destaca que al actor se le respetó sus derechos como empleado de carrera administrativa, brindándosele la oportunidad de escoger por la incorporación, luego reincorporación y finalmente de optar por la indemnización por supresión del cargo de carrera, encontrándose acreditada la libre determinación del empleado de escoger por la indemnización, recibiendo efectivamente el pago de la misma. Por tal motivo no es posible en sede judicial ordenar la reincorporación o pago de indemnización deprecados en la demanda.

Se concluye igualmente que el término y la normatividad para determinar el pago de sanción moratoria por el período laborado desde enero hasta el 6 de diciembre de 2016, no corresponde a los plazos para consignación anual de las cesantías como lo solicitó equivocadamente la parte actora, razón por la cual habrá de negarse la pretensión además en lo que respecta a la sanción moratoria por el inoportuno pago de las cesantías definitivas, la esta instancia carece de competencia para pronunciarse en relación con tal pretensión, puesto que ésta petición no fue expresamente incluida en la demanda, no hay agotamiento de requisito previo de reclamación ante la administración ni tampoco fue incluida en términos claros y específicos en la conciliación prejudicial.

### **Marco Normativo de la Decisión**

#### **Marco Normativo Acción de Reintegro por Fuero Sindical**

El empleador que no respeta el fuero sindical como lo establece el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, el retiro, desmejora o traslado del trabajador aforado será ilegal, procediendo entonces la acción de reintegro, a través de un proceso especial. De la obtención del permiso

cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral (trabajador oficial o empleado público), conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. Por tanto, a la jurisdicción ordinaria laboral corresponde conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral.

La Sentencia T-253 de 2005, señala en relación con el objeto de la solicitud de permiso judicial previo y el de la acción de reintegro remite a otro fallo de esta Corporación en el cual se dijo: “Precisamente, el objeto de la solicitud judicial previa al despido es la verificación de la ocurrencia real de la causal alegada y su verificación de su legalidad o ilegalidad. En cambio, el objeto de la acción de reintegro es diferente. Se trata, en ésta última, de analizar si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió. *“Esta distinción entre el objeto de cada uno de los dos procesos resulta fundamental, pues si el juez que conoce la acción de reintegro por fuero sindical entra a calificar directamente la legalidad del despido, o del retiro del servicio, y no se pronuncia sobre el incumplimiento del requisito de la solicitud judicial previa, dicha garantía no tendría ningún sentido. En tal caso, el empleador podría despedir o retirar del servicio libremente al trabajador aforado, sin que ello comportara ilegalidad alguna”*.

Así se tiene que desde la sentencia T-1189/01. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA, la Corte Constitucional expuso: “En concordancia con el anterior precepto dispone el artículo 6 del C.P.L., que las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente. Por lo tanto, los **trabajadores oficiales aforados** que deseen presentar demanda de reintegro deberán formular primeramente el correspondiente reclamo contra el acto mediante el cual se les comunicó la terminación de su contrato de trabajo, para lo cual disponen de **dos meses** contados a partir de la fecha de tal comunicación. Subsiguientemente, en la fecha en que se les da a conocer la respuesta del nominador, o en la que se consolide el silencio administrativo negativo, se entenderá agotado el procedimiento gubernativo, y por tanto, comenzarán a correr los dos meses para ocurrir ante la justicia laboral en acción de reintegro. Siendo del caso advertir que en la hipótesis de los trabajadores oficiales el silencio administrativo negativo se configura al cabo de tres (3) meses, contados a partir de la

presentación del reclamo sin que se haya notificado decisión que lo resuelva, descartándose de plano cualquier aplicación del artículo 7 de la ley 24 de 1947, toda vez que el mes de tardanza en la respuesta que ésta contempla no tiene relación alguna con el fuero sindical”.

“...Por consiguiente, reiterando la doctrina constitucional, a partir de la Ley 362 de 1997, **cuando un empleado público amparado por la garantía del fuero sindical es desvinculado, trasladado o desmejorado en sus condiciones laborales, sin el previo permiso judicial, la acción de reintegro es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos.**

En esta oportunidad la Sentencia, se remite sobre este aspecto a la Sentencia, T-076 de 1998, en la que se señaló: “(...) Esta situación desventajosa en que se encontraba el servidor público amparado con una garantía no del todo aplicable, pues la inexistencia de la calificación judicial previa para efectuar su despido o su traslado, era en sí misma una desnaturalización de la figura del fuero sindical, por no decir, su negación, cambió substancialmente con la reforma que el legislador introdujo al Código de Procedimiento Laboral, a través de la ley 362 de 1997, al asignar competencia a la jurisdicción laboral ordinaria para conocer “de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores oficiales y del que corresponde a los empleados públicos...”.

### **Marco normativo – Incorporación, Reincorporación pago de Indemnización por supresión del cargo**

Ley 909 DE 2004 Artículo 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa. 1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.

(...) Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno

Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

Parágrafo 1º. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo. No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas. Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 45. Efectos de la incorporación del empleado de carrera administrativa a las nuevas plantas de personal. Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

Decreto 1083 de 2015 Artículo 2.2.6.27. Supresión de empleo provisto con empleado en período de prueba. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y sea suprimido el cargo que ejerza un empleado sin derechos de carrera que se encuentre en período de prueba, este deberá ser incorporado al empleo igual o equivalente que exista en la nueva planta de personal. Igualmente, cuando los empleos de la nueva planta, sin cambiar sus funciones, se distingan de los que conformaban la planta anterior por haber variado solamente la denominación, los empleados en período de prueba deberán ser incorporados sin exigírseles nuevos requisitos, por considerarse que no hubo supresión de los empleos. En estos casos los empleados continuarán en período de prueba hasta su vencimiento. De no poder efectuarse la incorporación a un empleo igual o equivalente, el nombre de la persona se reintegrará, mediante resolución motivada proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la lista de elegibles en el puesto que corresponda, si esta aún estuviere vigente.

Artículo 2.2.7.4 Actualización de inscripción en el Registro Público. Al empleado inscrito en carrera administrativa que cambie de empleo por ascenso, traslado, incorporación, reincorporación, se le deberá actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Artículo 2.2.11.2.1 Derechos de los empleados de carrera por supresión del empleo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de entidades o dependencias o del traslado de funciones de una entidad a otra o de modificación de planta, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta y, de no ser posible, a optar por ser reincorporados o a percibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, conforme a las reglas previstas en el decreto-ley que regula el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones. Mientras se produce la reincorporación, el registro de inscripción en carrera del ex empleado continuará vigente con la anotación sobre la situación. Efectuada dicha reincorporación, será actualizada la inscripción y el empleado continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión del empleo. De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado en el decreto ley el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento de la indemnización y será retirado del Registro Público de Carrera. Parágrafo. Producida la reincorporación, el tiempo servido antes de la supresión del cargo se acumulará con el servido a partir de aquella, para efectos de causación de prestaciones sociales, beneficios salariales y demás derechos laborales.

Artículo 2.2.11.2.2. Incorporación. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad y los cargos de carrera de la nueva planta sean iguales o se distingan de los que conformaban la planta anterior solamente en su denominación, los titulares con derechos de carrera de los anteriores empleos deberán ser incorporados en la situación en que venían, por considerarse que no hubo supresión efectiva de estos, sin que se les exija requisitos superiores para su desempeño.

Artículo 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente. (Art. 1 del Decreto 1746 de 2006)

Decreto ley 760 de 2005 Artículo 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios. De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 28.1 La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden: 28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio. 28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido. 28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido. 28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso. 28.1.5 La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

Parágrafo. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

Artículo 29. De no ser posible la incorporación en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida, el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces deberá comunicar por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la indemnización de que trata el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, conforme con las reglas establecidas en el artículo anterior, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004. Artículo 30. El ex empleado deberá manifestar su decisión de aceptar

la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el artículo anterior.

Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización. Artículo 31. La Comisión de Personal de la entidad en la que se suprimió el cargo conocerá y decidirá en primera instancia sobre las reclamaciones que formulen los ex empleados de carrera con derecho preferencial a ser incorporados en empleos iguales o equivalentes de la nueva planta de personal por considerar que ha sido vulnerado este derecho o porque al empleado se le desmejoraron sus condiciones laborales por efecto de la incorporación. La reclamación deberá formularse con el lleno de los requisitos establecidos en el presente decreto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de la supresión del cargo. La Comisión de Personal decidirá, una vez comprobados los hechos que dieron lugar a la reclamación, mediante acto administrativo motivado en un término no superior a ocho (8) días. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Si la decisión es que no procede la incorporación, el ex empleado deberá manifestar por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que esta quede en firme, al jefe de la entidad su decisión de optar por la reincorporación en empleo igual o equivalente en el plazo que señala la ley o a percibir la indemnización. Si el ex empleado hubiere optado por la reincorporación, el jefe de la entidad dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del escrito que así lo manifiesta, deberá poner dicha decisión en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que inicie la actuación administrativa tendiente a obtener la reincorporación del ex empleado en empleo igual o equivalente al suprimido, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.

### **Marco normativo – Sanción Moratoria Cesantías**

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibídem*, consagró que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»<sup>8</sup>, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»<sup>9</sup>; con tales finalidades, el artículo 3 *ibídem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibídem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías<sup>10</sup>, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo<sup>11</sup>. Además, en los artículos 11 y 12 *ibídem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne, dentro del término de ley, las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6º *ibídem* estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 6º<sup>12</sup>.- *Trasferencia de cesantías de servidores públicos.* En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. (Se resalta).

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

ARTÍCULO 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las

personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Finalmente, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (Se resalta).

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores<sup>13</sup>.

La Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado.

Ahora bien, el artículo 2 *ibídem* determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

El artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, adicionó y modificó lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, así:

**ARTÍCULO 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

**PARÁGRAFO.** En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

## **ANALISIS PROBATORIO**

De conformidad con los documentos aportados con la demanda y las pruebas recaudadas en la etapa probatoria se tiene establecido que el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, fue incorporado a la planta de Personal de INCODER, luego del proceso liquidatorio del antiguo INCORA, al cargo de TECNICO OPERATIVO CODIGO 4080 GRADO 15 en la OFICINA DE ENLACE TERRITORIAL Nro. 4 GRUPO TECNICO TERRITORIAL con sede en la ciudad de Popayán, (folio 5 cdno ppal), obra acta de posesión en cargo en mención calendada el 25 de septiembre de 2003 (folio 6). Igualmente se tiene acreditado que el señor MARTINEZ GOMEZ se encontraba inscrito en carrera administrativa, desde E 20-02-1998 cuando ocupaba el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO en el INCORA (Folio 4 cdno ppal).

Se acreditó también que el demandante ostentaba la calidad de Vicepresidente de la Subdirectiva Oficina de Enlace Territorial OET Nro 4 del Sindicato Nacional de Trabajadores de Instituto Colombiano de Desarrollo Rural SINTRAICODER, lo anterior de conformidad con el certificado expedido por el Ministerio del Trabajo visible a folio 9 del cuaderno principal.

Mediante Decreto 1193 de 21 de julio de 2016 (folio 17) se suprimieron empleos de la Planta de Personal de INCODER, mediante oficio Nro. 20162138009 de fecha 18 de agosto de 2016, el Liquidador de INCODER, comunicó al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, que mediante Dto. 1193 de 21 de julio de 2016, se dispuso la supresión del empleo TECNICO

OPERATIVO 3132 15, el cual desempeña el actor, se precisa que en su caso el empleo se mantendrá temporalmente en la planta de personal hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que autoriza el levantamiento del fuero sindical, o hasta el vencimiento del término de este fuero contemplado en la ley o en los estatutos, o hasta la terminación del proceso de liquidación (folio 16 cdno ppal).

El 7 de diciembre de 2015 mediante Dto. 2365 de 2015, se suprimió el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, el artículo 21 de esta disposición normativa contempló que “Para efectos de la desvinculación de personal que goza de la garantía de fuero sindical, el Liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para retirar a un servidor amparado con fuero sindical, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza, diferente, con excepción de la acción de tutela. (Folio 22 y ss cdno Ppal).

Mediante oficio calendado el día 05 de diciembre de 2016, INCODER EN LIQUIDACIÓN, comunicó al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, que de conformidad con lo establecido en el Dto. 1894 de 2016, se mantendrían en la planta de personal hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que autoriza el levantamiento del fuero sindical, o hasta el vencimiento del término de este fuero contemplado en la ley o en los estatutos o hasta la terminación del proceso de liquidación, fecha a partir de la cual se entenderá suprimido el empleo, por lo tanto se indica que la relación laboral irá hasta el día 6 de diciembre, fecha en la cual se cierra el proceso liquidatorio del INCODER. Así mismo se informó que la administración analizó las plantas de personal de la Agencia Nacional de Tierras y Agencia de Desarrollo Rural ADR, sin que se encontrara empleo igual o equivalente vacante para su incorporación, conforme con lo anterior se le indicó que debía optar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación por la reincorporación o por la indemnización, ante la Coordinación de Talento Humano; se indicó así mismo que contra la decisión procedía el recurso de reposición y en subsidio apelación nombrándose las autoridades competentes para conocer del trámite, el cual suspendía el término para optar por la reincorporación o indemnización (folio 34 cdno ppal).

Se tiene establecido que mediante escrito de 8 de diciembre de 2016, el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, manifestó su decisión de optar por la reincorporación (folio 41 y siguientes del cuaderno de pruebas.

Por oficio de fecha 28 de diciembre de 2016 la CNSC, explicó al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, el procedimiento de incorporación y de reincorporación, se manifestó de igual manera que frente al fuero sindical le asistía al empleado el derecho de ejercer las acciones correspondientes para ejercer su derecho fundamental al trabajo y se resaltó que hasta tanto no se declare el levantamiento del fuero sindical por vía judicial no se podrá dar trámite a la reincorporación (folio 43 y ss cdno de pbas).

Mediante oficio de 23 de enero de 2017 la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, solicitó al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, aportar manual de funciones y requisitos del empleo de TECNICO ADMINISTRATIVO CODIGO 4065 grado 12 del INCORA, así como manual de funciones del empleo en que se incorporó en el INSTUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL, denominado TECNICO OPERATIVO CODIGO 4080 GRADO 15. (Folio 42 cdno ppal)

Mediante escrito con radicación R 24082017-3691 ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, manifestó su derecho de desistir de trámite de reincorporación, el documento presentado por el ex empleado esta calendado el 18 de junio de 2017 (ver folios 51 y 52 cdno de pbas).

En consecuencia la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, emitió Resolución 20171020055335 del 05-09-2017 por medio de la cual se resuelve el desistimiento solicitado, para el efecto se realizó recuento de la actuación adelantada en la cual se incluyó explicación sobre los efectos excluyentes entre la reincorporación y la indemnización y de las implicaciones de la decisión, adicionalmente se destaca que se requirió al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, reiterar de manera libre y voluntaria su decisión de optar por la indemnización con el fin de garantizar en debida forma su derecho al trabajo, indicándose que en segunda oportunidad del interesado expresó su decisión de percibir indemnización, por tanto se decidió acceder a la solicitud de desistimiento de la petición de reincorporación, señalándose que la misma se encontraba en trámite ante la CNSC y se autorizó el pago de indemnización a favor del peticionario (Folio24 y ss cdno de pbas).

Se certificó que el pago de la indemnización se llevó a cabo el día 29 de septiembre de 2017 mediante transferencia a la cuenta bancaria proporcionada, se anexa certificado en el cual consta el pago a cuenta del BANCO BBVA, beneficiario MARTINEZ GOMEZ CESAR AUGUSTO (folios 27 y 28 cdno de pbas).

Respecto del trámite del proceso de fuero sindical se tiene según información remitida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN (Folio 55 del cdno de pbas), que efectivamente fue tramitado ante dicha entidad el mencionado proceso donde figura como demandante INCODER EN LIQUIDACIÓN y como demandado el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, la demanda se interpuso el 19 de octubre de 2016, se hizo constar que no fue posible la notificación personal del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL "SINTRAINCODER", pese a los requerimientos efectuados, así como tampoco se realizó gestiones para su notificación por EDICTO. En tal sentido se dispuso: "ORDENAR EL ARCHIVO del expediente de la demanda ESPECIAL LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL interpuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL INCODER EN LIQUIDACIÓN contra CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ", esta decisión fue adoptada a través de providencia calendada el día 28 de abril de 2017.

### **Despido sin levantamiento de fuero sindical**

En el presente evento la parte actora señala, especialmente en los alegatos de conclusión, que en la supresión del cargo se desconoció que el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, se encontraba amparado bajo la figura del FUERO SINDICIAL y que por tanto el retiro del servicio no podía surtir efecto sino hasta la fecha en la cual se obtuviera la autorización del juez laboral.

Para resolver este cargo se hace necesario mencionar de conformidad con el marco normativo y jurisprudencias que antecede, que a partir de la Ley 362 de 1997 se reconoció legalmente la posibilidad de protección del fuero sindical para trabajadores y empleados públicos, norma que posteriormente fue derogada por la Ley 712 de 2001 que mantuvo tal prerrogativa, estableciéndose que tanto la competencia para el levantamiento del fuero sindical como la acción de reintegro de un empleado público aforado son asuntos asignados a la competencia del Juez Ordinario Laboral y que para tal efecto las normas han dispuesto un término de caducidad de dos meses contados a partir de la notificación del acto que resuelva sobre el agotamiento de la petición previa que sobre el respeto del derecho a la estabilidad laboral reforzada haya elevado el empleado público.

Así las cosas, respecto de la pretensión de reconocimiento de indemnización de seis meses de salario según lo establecido en el artículo 116 del CPT y sobre la decisión de reintegro por despido sin el correspondiente levantamiento del fuero sindical, debe anotarse que tal pretensión no puede ser objeto de pronunciamiento, toda vez que escapa la órbita de competencia de esta jurisdicción, pues para el

efecto el actor contaba con dos meses a partir de la terminación del vínculo laboral para ejercer la acción de reintegro ante la jurisdicción laboral.

Igualmente debe destacarse que hay que tener en cuenta que cuando se trata de liquidación o supresión de empresas, el fuero sindical se garantiza mediante el levantamiento previo de éste ante el juez laboral. Sobre este punto la jurisprudencia ha presentado cambios, en un primer momento la Corte Constitucional estableció que no es necesario levantar el fuero sindical en los casos de liquidación o reestructuración de la empresa, por ejemplo en la Sentencia T – 575 de 2002 se estableció que *“cuando se trata de suprimir empleos a raíz de un proceso de reestructuración, es innecesario solicitar el levantamiento del citado fuero”*.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial varió en las Sentencias T – 203<sup>1</sup> y T – 1079 de 2004 en donde se dijo que,

*“en los **casos de liquidaciones** o de reestructuraciones administrativas de entidades públicas, se debe acudir de manera previa ante el Juez Laboral para que éste determine si tales procesos pueden ser considerados como una justa causa para despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador amparado por la garantía del fuero sindical, y, en consecuencia, conceda o no el permiso correspondiente. Por tanto, el despido, el traslado o la desmejora en esos casos sin obtener dicho permiso, constituye una omisión de la Administración que vulnera los derechos al debido proceso y de libertad y asociación sindical”* (Negrilla fuera del texto).

La anterior postura jurisprudencial también ha sido avalada por el Consejo de Estado en sentencia de 30 de noviembre de 2017<sup>1</sup>, pues en dicha providencia se reconoció que primigeniamente la Corte Constitucional había señalado en sentencia T- 575 de 2002<sup>2</sup> que: *“ se observa que las garantías constitucionales y legales sobre el fuero sindical y la estabilidad laboral, no son afectadas con las disposiciones acusadas, ya que las consecuencias jurídicas, relacionadas con el vínculo laboral que se*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, fecha (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10421-01(37245) Actor: ALEXANDER OLAYA GUTIÉRREZ Y OTROS Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL

<sup>2</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*impugna por el actor se desprenden de una definición legal de carácter general, se hace por ministerio de la ley, y porque la facultad constitucional de reestructurar una entidad pública implica entre otras consecuencias, la atribución jurídica de suprimir cargos; en este mismo sentido se encuentra que no asiste razón al actor en cuanto a la supuesta violación del derecho constitucional al fuero sindical de los trabajadores vinculados al sindicato de trabajadores de la CVC, puesto que la debida supresión de un empleo, verificada de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, hace innecesario acudir a la definición judicial del fuero sindical como lo determina la disposición acusada; éste no es un límite absoluto que pueda enervar las decisiones ordinarias del legislador en materia de la estructura de la Administración Nacional...", sin embargo dicha postura había variado según posteriores pronunciamientos de la Alta Corporación Constitucional, contenidos en las sentencias T-809 de 2010, T-203 de 2004 y T-1079 de 2004, donde se dijo que: "en los casos de liquidaciones o de reestructuraciones administrativas de entidades públicas, se debe acudir de manera previa ante el Juez Laboral para que éste determine si tales procesos pueden ser considerados como una justa causa para despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador amparado por la garantía del fuero sindical, y, en consecuencia, conceda o no el permiso correspondiente. Por tanto, el despido, el traslado o la desmejora en esos casos sin obtener dicho permiso, constituye una omisión de la Administración que vulnera los derechos al debido proceso y de libertad y asociación sindical".*

#### **Pretensión de reconocimiento de Indemnización consagrada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004**

Igualmente se presenta en la demanda petición de pago de indemnización por supresión del cargo de carrera administrativa que ostentaba el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ, pretensión cuyo análisis si corresponde al resorte de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto a que además de alegarse la condición de empleado aforado, el actor ostentaba un cargo de carrera administrativa que le otorga la estabilidad laboral propio de este régimen de personal.

Del recuento probatorio realizado se evidencia que el INCODER, entidad actualmente liquidada, concedió al señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, inicialmente los términos para el ejercicio del derecho de incorporación, del cual hizo uso el actor, existiendo pronunciamiento mediante el cual se le indicó que era posible acceder a dicho pedimento, en razón de su estabilidad por fuero sindical, el actor permaneció vinculado a la entidad hasta su extinción legal, momento en el cual se le comunicó la supresión de su cargo indicándosele el derecho a optar por la reincorporación o indemnización.

De conformidad con el expediente administrativo aportado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se estableció que en la debida oportunidad el ahora demandante ejerció el derecho de reincorporación el cual inició su trámite con la solicitud por parte de la CNSC de documentación necesaria para la adopción de la solicitud, de igual manera se destaca la existencia de prueba que indica que el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, manifestó de manera libre su decisión de desistir de la solicitud de reintegro, consta así mismo que la CNSC, le informó sobre las consecuencias de esta decisión y sobre el derecho solicitándole que una vez enterado de las mismas ratificara su decisión así como su intención de percibir indemnización.

Es así como el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, manifestó libremente el desistimiento de su derecho al trámite de la reincorporación razón por la cual le fue reconocida indemnización cuyo monto fue efectivamente pagado, por tal motivo en la presente actuación no hay lugar a ordenar su pago como se solicitara en las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente se tiene que la posibilidad de reincorporación fue desistida libremente por el actor en sede administrativa por tanto no hay posibilidad para esta jurisdicción de determinar si en efecto era posible la reincorporación del demandante en otra entidad o si tal situación fue desconocida en dicho trámite, adicionalmente, no se probó la existencia de un cargo vacante de la misma categoría, características y requisitos del ocupado por el accionante de forma que tampoco es posible acceder a la orden de reincorporación del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ.

En síntesis se destaca que al actor se le respetó sus derechos como empleado de carrera, brindándosele la oportunidad de escoger por la incorporación, luego reincorporación y finalmente de optar por la indemnización por supresión del cargo de carrera, encontrándose acreditada la libre determinación del empleado de escoger por la indemnización, recibiendo efectivamente el pago de la misma.

### **Indemnización por el pago tardío de cesantías.**

El primer aspecto a abordar, consiste en determinar el régimen de cesantías que cubre al demandante y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y que se aludieron en un capítulo anterior, se concluye que pertenece al régimen anualizado, teniendo en consideración la fecha en que inició su relación legal y reglamentaria con el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL INCODER data del 25 de septiembre de 2003 fecha

en la cual tomó posesión de su cargo de TECNICO OPERATIVO CODIGO 4080 GRADO 15 (folio 6), cargo en el cual fue incorporado por efecto de la liquidación del INCORA.

En la demanda se solicitó expresamente lo siguiente: "TERCERO: De igual manera se condene al pago de las Cesantías causadas a favor del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ, en el año 2016 con sus respectivos intereses de mora causados desde el 14 de febrero de 2017 hasta la fecha en la que efectivamente sean cancelados". Lo anterior indica que se está solicitando el reconocimiento de intereses por mora en el depósito de las cesantías correspondientes al año 2016.

Ahora bien, a efecto de verificar si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en la consignación de sus cesantías, se debe señalar que de conformidad con las pruebas que obran el proceso se pudo establecer que para el 13 de febrero de 2017, el INCODER no había consignado las cesantías anualizadas al demandante, las cuales fueron depositadas en el FNA el día 11 de mayo de 2017 (folio 62 vuelto del cuaderno de pruebas) según lo informó la Coordinadora Grupo de Atención y Respuesta al Consumidor Financiero. Por lo tanto la parte demandante deprecia que se cancele el interés causado desde el 15 de febrero hasta el 10 de mayo de 2017.

No obstante lo anterior, como el actor fue retirado del servicio 6 de diciembre de 2016 (folio 34 y 35 del cuaderno principal), por tanto no se llegó a causar otro período de cesantías anualizadas, pues las que se originaron entre el 1 de enero y el 6 de diciembre de 2016, tienen la vocación de definitivas a causa de la desvinculación, por tanto como producto del retiro del servicio del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ GOMEZ, la mora por la tardanza en la consignación de las cesantías anuales cesó el 06 de diciembre de 2016, pues a partir de ese momento se generó para la el INCODER la obligación de liquidar y pagar las cesantías definitivas. Así se ha considerado reiteradamente<sup>3</sup> por el Consejo de Estado, incluso, sobre tal aspecto se pronunció la sección segunda, en la sentencia de unificación<sup>4</sup> cuyo aparte se transcribe a continuación:

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge

---

<sup>3</sup> Posición reiterada por ejemplo en sentencia de CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, sentencia de primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Rad. No.: 08001 23 33 000 2013 00519-01 (1936-15) Actor: Luis Eduardo Villa Castillo. Demandado: Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, Atlántico.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero radicación 08001 23 31 000 2011 00628-01, número interno 0528-14.

la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

(...)

Conclusiones

(...)

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

Así las cosas se concluye que el término y la normatividad para determinar el pago de sanción moratoria por el periodo laborado desde enero hasta el 6 de diciembre de 2016, no corresponde a los plazos para consignación anual de las cesantías como lo solicitó equivocadamente la parte actora, razón por la cual habrá de negarse la pretensión además en lo que respecta a la sanción moratoria por el inoportuno pago de las cesantías definitivas, la esta instancia carece de competencia para pronunciarse en relación con tal pretensión, puesto que ésta petición no fue expresamente incluida en la demanda, no hay agotamiento de requisito previo de reclamación ante la administración ni tampoco fue incluida en términos claros y específicos en la conciliación prejudicial.

De tal manera, si el actor hubiera pretendido reclamar la indemnización por mora en el pago de sus cesantías definitivas debió solicitarlo de ese modo a la entidad demandada y fundamentar su pretensión no en las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, sino en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que rigen sobre ese particular y permitirle a la administración emitir un pronunciamiento al respecto, en los precisos términos consagrados en estas últimas disposiciones. Por tal razón, no procede el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías causadas entre el 1 de enero

y el 6 de diciembre de 2016 -definitivas-, que eventualmente pudiere haber llegado surgir ante el incumplimiento del término para su consignación.

### **De la condena en costas:**

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer "sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por lo tanto se condena en costas a la parte demandante en cuantía de doscientos mil pesos (\$200.000) para a favor de la entidad demanda.

En mérito a lo expuesto el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**PRIMERO:** Negar las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Condenar a la parte demandante en costas de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO:** Por secretaria liquídense los gastos del proceso, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó cancelar por concepto de gastos ordinarios del proceso si la hubiere, dejando las constancias de rigor y una vez ejecutoriada para su cumplimiento.

**CUARTO:** De conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11549 del 7 de mayo de 2020, artículo quinto numeral 5.5, la presente providencia se notificará en forma electrónica tal como lo dispone el artículo 203 del CPACA. No obstante los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.

Para la consulta del expediente, el interesado enviará un correo electrónico al correo [j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co), a efectos de solicitar la

totalidad del expediente en forma virtual, el cual le será suministrado al correo que designe para el efecto y de esta manera preservar los protocolos de bioseguridad establecidos por efecto de la pandemia COVID19.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Jueza

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Maria Claudia Varona Ortiz'.

**MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ**