

República de Colombia



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Uno de Decisión Laboral

Fecha: Cuatro (4) de junio del año dos mil veinte (2.020)

Radicación: 08-001-31-05-013-2018-0039101/ 67.609-F.

Tipo de proceso: Fuero Sindical – Acción de Reintegro (Apelación)

Demandante: Alex Alfonso Salazar Manotas.

Demandado: Corporación Autónoma del Atlántico -C.R.A

Magistrada Ponente: CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ.

En Barranquilla, a los cuatro (4) días del mes de Junio del año dos mil veinte (2.020), se constituyó en audiencia pública, la Sala Uno¹ de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, integrada actualmente por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ, como ponente, CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ y JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ, como acompañantes y el Secretario de la Corporación.

A continuación, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha **26 de noviembre de 2019** proferida por el Juez Trece² Laboral del Circuito de Barranquilla en el proceso especial de acción de reintegro por Fuero Sindical instaurado por el señor ALEX ALFONSO SALAZAR MANOTAS contra la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL ATLÁNTICO -C.R.A.-

¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal “*por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla*”.

² Dr. José Ignacio Galván Prada.

Prevía deliberación de los Magistrados, mediante Acta No. _____ se acordó dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1.PRETENSIONES:

El señor ALEX ALFONSO SALAZAR MANOTAS por medio de apoderado judicial instauró demanda laboral de fuero sindical (Acción de Reintegro) contra de la Corporación Autónoma del Atlántico-C.R.A, con el fin de que se declare que su despido es ineficaz y nulo por no haber contado con el permiso del Ministerio el Trabajo y Seguridad Social; que es aforado y tiene derecho a la protección especial por ser miembro activo de la Organización sindical Sindicato Departamental de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales del Atlántico "SINDEPUBBLICO", que ostenta la condición de suplente del Vicepresidente de SINDEPUBBLICO y, que se encuentra en debilidad manifiesta respecto a la demandada. Como consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo y en las mismas condiciones que tenía al momento de ser despedido el 17 de septiembre de 2018, ó a otro de igual o mejor condición o remuneración; a pagarle el valor de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y el reintegro efectivo, pago que debe hacerse teniendo en cuenta el salario asignado para el cargo en el momento del despido, más reajustes legales y convencionales y para ello, deberá liquidarlo teniendo en cuenta los intereses moratorios, comerciales y la correspondiente indexación a título de indemnización; que la demandada está obligada a cancelarle todas las prestaciones sociales, vacaciones, primas, bonificaciones y demás derechos económicos dejados de percibir con ocasión del despido injusto; a cancelarle por concepto de daño moral el equivalente a 40 s.m.l.m.v; las costas y agencias en derecho (fls 1-2).

1.2.Hechos:

Para sustentar las pretensiones consignadas en la demanda, manifiesta el demandante que fue nombrado mediante Resolución No.00003333 de 2007, el cargo desempeñado fue de Profesional Universitario 2044, Grado 04, asignado al Grupo de Control y Vigilancia de la Gestión Ambiental. Sostiene ser aforado y tiene derecho a la protección especial por ser miembro activo de la Organización Sindical Sindicato Departamental de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales del Atlántico "SINDEPÚBLICO"; que el último salario fue la suma de \$1.970.000,00 y al momento de su desvinculación ostentaba la condición de aforado como Suplente del Vicepresidente de la organización sindical "SINDEPÚBLICO". Que se le dio por terminada su vinculación laboral mediante Resolución No.0000637 de fecha septiembre 17 de 2018. Que mediante comunicación No.00001301 del 04 de febrero de 2015, el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social le comunicó a la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - C.R.A, el depósito de la Junta Directiva de la Organización Sindical Sindicato Departamental de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales del Atlántico "SINDEPÚBLICO". Que goza de una estabilidad laboral reforzada por ser aforado como Suplente del del Sindicato de la organización sindical "SINDEPÚBLICO". Que la demandada lo desvinculó sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que no se calificó previamente por el juez, la justa causa para su desvinculación y no se concedió el permiso correspondiente. Con copia de la comunicación 00001301 de 4 de Febrero de 2015, dirigido a la Corporación Autónoma Regional del Atlántico (CRA), donde la Inspectora Dra. GISELA DEL TORO VALLE, le informó depósito de cambio de Junta Directiva, el cual quedó registrado bajo el No.0020, donde es Suplente del Vicepresidente de "SINDEPÚBLICO" Que mediante comunicado 00003570 de fecha marzo 27 de 2015 (auto), del Ministerio de Trabajo al presidente de "SINDEPÚBLICO", se realiza la corrección de depósito de junta directiva y reforma de estatutos. Que mediante memorando 00001605 de 10 de febrero de 2015, la Inspectora del Trabajo Gisela del Toro Valle, remite depósito de la Organización Sindical

SINDEPÚBLICO y en memorando 00003756 de 6 de abril de 2015, la Inspectora del Trabajo Gisela del Toro Valle, remite corrección del depósito de la Organización Sindical SINDEPÚBUO. Considera que la demandada le está vulnerando el Derecho al Trabajo, Igualdad, estabilidad Laboral reforzada. (fls. 2-3).

1.3 Actuación Procesal y Fallo de Primera Instancia:

La demanda fue admitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla, en auto de 20 de noviembre de 2.018 (fl.40), donde se ordenó correr traslado de ella y notificar a los demandados, como al representante legal del sindicato.

Durante la audiencia única de trámite celebrada el 26 de noviembre de 2019³, la Corporación Autónoma Regional del Atlántico contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y precisó que no puede conjugarse una relación legal y reglamentaria de un cargo en provisionalidad de carrera administrativa para pedir que se declare reintegro por “no levantamiento previo de fuero”, lo cual no es requisito sine qua non en los términos del art. 24 del Decreto Ley 760 de 2005, como en el presente caso, no hay violación de derechos fundamentales ni del derecho legal de fuero sindical, ya que constituye una actuación, un acto de orden legal y constitucional. Reiteró que no se está frente a la vulneración de un Derecho Fundamental alguno del demandante, porque no hay restricción de fuero sindical en tratándose de empleado público en provisionalidad, que debe ceder el cargo cuando se va a proveer con el titular del cargo obtenido por concurso público, no hay lugar a solicitud de levantamiento de fuero en tratándose de los casos previstos por el art. 24 del Decreto Ley 760 de 2005. Propuso las excepciones de: i) Causal legal y constitucional del retiro del servicio, legalidad de la actuación administrativa; ii).- Inexistencia de la obligación de solicitud previa de

³ Ver archivo cd obrante entre fls. 121 y 122 del expediente.

levantamiento de fuero sindical en tratándose de empleado en provisionalidad de carrera administrativa; y iii).- Genérica.

Evacuado el trámite respectivo, el Juez Trece Laboral del Circuito en sentencia de 26 de noviembre de 2.019, resolvió: 1. Declarar probadas las excepciones propuestas por la entidad pública demanda; 2. Absolvió a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda. 3. Condenó en costas a la parte vencida. 4. Ordenó la consulta en caso de no ser apelada la decisión (fls. 125-126).

Fundamentó su decisión al estimar que: "el artículo 406 del código sustantivo del trabajo subrogado por el art. 57 de la Ley 50 de 1990 modificado a su vez por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, enumera los trabajadores que tienen fuero sindical, puntualmente para caso Literal C), los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos sin pasar de cinco principales y 5 suplentes y los miembros de los comités seccionales sin pasar de uno principal y un suplente, este amparo será efectivo por el tiempo que dure el mandato y 6 meses más. Con respecto a la designación y cambio de los miembros de la junta directiva de cualquier organización sindical, el numeral segundo del artículo 407 del código sustantivo estipula, la designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al empleador en la forma prevista en los artículos 363 y 371 del C.S.T.

Por otro lado el artículo 363 citado, con la modificación introducida por el artículo 43 de la Ley 50 del 1990, indica una vez realizada la asamblea de Constitución el Sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al Inspector del trabajo y en su defecto al alcalde del lugar la constitución del sindicato por la declaración de los nombres y la identificación de cada uno de los fundadores, el inspector o alcalde a su vez pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente. Seguidamente también es pertinente citar entonces la otra Norma mencionada el artículo 371 ibidem

que indica cualquier cambio total o parcial en la junta directiva de un sindicato debe ser comunicado en los mismos términos del artículo antes mencionado -el 363 -, mientras no se cumpla con este requisito el cambio no surte ningún efecto.

Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional sentencia C-465 de 2008 M.P doctor Manuel José Cepeda Espinosa, en el entendido de que la comunicación al Ministerio acerca de los cambios en la junta directiva de un sindicato cumple exclusivamente funciones de publicidad y que el fuero sindical opera inmediatamente después de la primera comunicación, de igual manera la misma Corporación a través de las sentencias C-695 de 2008 M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería y C-737 2008 se declararon estarse a lo resuelto en la Sentencia C-465 de 2008. (Citó aparte de la sentencia C-465 de 2008).

Es por ello que entonces se declaró la exequibilidad del artículo 371 del código sustantivo, en el entendido de que la comunicación al Ministerio acerca de los cambios de la junta directiva de un sindicato cumple funciones de publicidad y el fuero sindical opera inmediatamente después de la comunicación Sentencia dado su condición de constitucionalidad, es una sentencia obligatorio cumplimiento por sus efectos erga omnes, donde la Corte Constitucional ha delineado la interpretación que resulta entonces acorde a la constitución.

En el caso sub examine, las anteriores consideraciones se hicieron bajo la base de que la demandada si bien afincó su defensa en que no requería la autorización del juez laboral para la desvinculación del actor, dependientemente de la garantía foral, y los hechos de la demanda fueron negados y por ello es necesario entonces hacer esa precisión, la justificación que da la demanda era que conforme a lo que establece el ordenamiento legal, muy puntual para el caso del actor, no requería dicha autorización.

Indicó: *“que no se discute en el proceso y se encuentran probados los supuestos fácticos concernientes a la relación laboral legal y reglamentaria que existió entre las partes en litigio, incluyendo los extremos temporales, nombramiento en provisionalidad, ello se puede apreciar fácilmente a folio 15 nombramiento en provisionalidad del señor demandante. Se desprende del texto de la resolución cuando le termina la provisionalidad al señor demandante y también se cuenta con el correspondiente acto de nombramiento, la Resolución 333 de 2007. Tenemos qué fue nombrado para el cargo de profesional universitario código 2044 grado 4, asignado al grupo de control y vigilancia de la Gerencia de gestión ambiental, posteriormente de acuerdo a la documental a folio 97, se tiene que se posicionó en el cargo de profesional universitario código 2044 grado 6. Y se cuenta también con el acto de su desvinculación definitiva, Resolución 637 de 2018, se extrae que la misma finalizó el 18 de septiembre (sic) del mismo año.*

En cuanto al fuero sindical, indica que es evidente entonces que con base en las documentales y las consideraciones antes dichas en la sentencia C-465 de 2008, aunado a lo que también establece el código procesal del trabajo y en el art. 405 del código sustantivo del trabajo se encuentra demostrado que el señor demandante se encuentra amparado por la garantía de fuero sindical como miembro suplente de la junta directiva de la Organización sindical de SINDEPÚBLICO para el momento de la fecha de su desvinculación, ello también se desprende también del tiempo que establece los estatuto que se encuentran también aportados en el expediente donde se establece el tiempo de duración de la junta directiva- periodo de 4 años.

Pero la demanda ha sido enfática y reiterativa en su defensa. En efecto se encuentra acreditado que el demandante al momento de darse terminado su nombramiento mediante Resolución 637 de 2018 desempeñaba el cargo de profesional universitario código 2044 grado 6, del cual se posicionó en el 2 de enero de 2017, dado que para Resolución No. 07 de 2017, por medio de la cual se acogió el Acuerdo 021 de 2016 que modificó la planta de personal de la CRA y adopto el manual de funciones de competencia laboral, de ello, las documentales que fueron aportadas con la contestación de la demanda y que se complementan con las aportadas con la demanda, fl. 94, 95, 96 se encuentra la Resolución No. 007 de 2007(sic) por la cual se acogió el Acuerdo 021 de 2016, la cual modificó la planta de personal de la

demandada, fl. 98 a 100 se encuentra también el acta de posición número 034 de 2017.

De igual manera se encuentra demostrado que el cargo que desempeñaba el actor fue ofertado por la Comisión Nacional de servicio civil, así se pone de presente con la resolución 20182210101205 del 15 de agosto de 2018, con la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado código OPEC No. 6840 profesional universitario código 2044 grado 6 del sistema general de carrera administrativa de la Corporación Regional del Atlántico, Convocatoria 435 de 2016-CAR – ANLA, así está expresamente también en la parte superior de esa resolución y también aparece en su Artículo primero en su resuelve, es decir, que el actor al momento de finalizar su desvinculación desempeñaba un cargo de carrera administrativa como lo manifestó la demandada en la contestación de la demanda y se extrae también de la resolución desvinculación, inclusive de la vinculación del señor demandante en donde se Indicó que el mismo se encontraba en vacancia definitiva en su momento y por ello había sido designado en provisionalidad. Ello quiere decir que como quiera que el actor desempeñaba un cargo de carrera administrativa y al haber sido designado en provisionalidad tales empleos públicos conforme a la Ley, artículo 24 del Decreto 760 de 2005, aunque estén amparados por fuero sindical no requieren autorización judicial para ser retirado del servicio.

Lo anterior guarda concordancia con el artículo 125 de la Constitución Política que indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 -Ley de carrera administrativa, los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistas de forma provisional sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones cuando no fuere posible por verlo mediante encargo con servidores de carrera.

La disposición del artículo 24 del Decreto 760 de 2005 antes mencionada, fue declarada exequible por el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia C1119 del 1° de noviembre 2005 M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

(Citó aparte de la sentencia C-1119 de 2005).

Es evidente que atendiendo entonces a la anterior normativa y jurisprudencia constitucional, debe entrar a examinar el acto administrativo de desvinculación, la resolución mencionada 637 de 2018, debe entrar a determinar si la demandada requería o no de la autorización del juez del trabajo como ella lo aduce para dar por terminada la relación legal y reglamentaria, observándose en su parte considerativa que se arguyeron como motivos del retiro del servicio. (Cita aparte de la Resolución 637 de 2018).

Las consideraciones del acto administrativo ponen de presente, como bien lo sostuvo la entidad demandada, que la desvinculación del actor obedeció a razones contempladas en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, como una de las causales también exonerativas, además de las indicadas en el código sustantivo del trabajo para requerir la autorización judicial frente al trabajador que se encuentra amparado por fuero sindical, motivo por el cual para retirar al actor del servicio que se encontraba desempeñando un cargo en provisional, la demandada no estaba obligada a solicitar el permiso al Juez Laboral para proceder a su desvinculación con la correspondiente acción de levantamiento de fuero sindical. Ello entonces, lleva necesariamente absolver a la demandada de todas las súplicas del libelo incoatorio y por ende declarar probadas las excepciones propuestas.

Así mismo señaló: “No es dable proceder a la aplicación de una excepción institucional con base a lo señalado por el apoderado judicial del demandante en sus alegatos de conclusión, no se trata de una simple sentencia la proferida por la Corte Constitucional estamos hablando una sentencia de constitucionalidad del año 2005, el máximo tribunal de lo constitucional fijó un alcance, una interpretación que la consideró acorde al texto constitucional, por esta simple razón no es posible entonces dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad; hay un pronunciamiento de la Corte que indica que la misma es constitucional, se hizo la correspondiente ponderación, inclusive haciendo la Corte también Constitucional un pronunciamiento reiterado acerca de cuando hay tensión entre la carrera, el mérito y la desvinculación del empleado en provisionalidad y citó que lo que más bien debe mirarse entonces es la motivación del acto, el cuál encuentra este Despacho judicial. Es un acto debidamente motivado acorde a lo que establece la ley y que por ende

constituye una causal exonerativa para que el empleador no solicite al juez laboral la autorización para el levantamiento de fuero o para retiro del mismo con la correspondiente acción.

Cómo se dijo al invocarse la sentencia que definió también el alcance acerca del fuero sindical, de los cambios de la junta directiva, tiene efectos erga omnes, es de obligatorio cumplimiento. Ello entonces en un impedimento para aplicar la mencionada excepción de constitucionalidad, que en todo caso ese despacho comparte también la postura de la Corte, en el sentido de que lo ideal es que frente a un ejercicio de ponderación, se pueda garantizar tanto la continuidad del vínculo laboral sobre todo si una persona goza de una especial protección constitucional y la de la carrera la del mérito, pero si en determinado caso no es posible, entonces debe preponderar el mérito en el ejercicio del test de ponderación, que ha fijado la Corte Constitucional en diversas sentencias y que aquí claramente lo dijo por una sentencia de constitucionalidad, ello entonces zanja y termina cualquier discusión con relación a lo sí es constitucional o no, por tanto ese despacho judicial, cómo lo ha anunciado, no accederá a las súplicas de la demanda, declarara probada, entonces las excepciones propuestas por la demandada, que precisamente se ceñían a estas razones, como son causal legal y constitucional de retiro de servicio, legalidad de la actuación administrativa, inexistencia de la obligación, solicitud previa de levantamiento tratándose de empleador en provisionalidad de carrera administrativa, las declara probadas y como consecuencia absuelve.

Como quiera que dentro del proceso también hubo oposición entre las partes, es lo propio imponer costas a cargo de la parte vencida artículo 365 del código general del proceso, que se aplica en lo pertinente en materia laboral, criterio objetivo que se impone costas entonces a la parte que ha resultado vencida totalmente desfavorable con relación a las pretensiones de la demanda”

1.3. Apelación:

No conforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpuso recurso de Apelación⁴, para que se revoque en su totalidad la providencia de fecha 26 de noviembre de 2.019, y en su lugar, conceda las pretensiones indicadas en la demanda.

Lo sustenta en los siguientes términos: *“El recurso lo sustenta, además de las normas sustantivas y de procedimiento establecidas o indicadas en el libelo de la demanda, también en el bloque de constitucionalidad establecido en Colombia y elevado a Rango constitucional por mandato del artículo 93 de la carta política, que establece que los convenios y tratados establecidos por Colombia con organismos derecho internacional, son incorporados a la carta política y son normas superiores a las normas ordinarias y decretos que integran el sistema jurídico de la Nación.*

El convenio 087 fue celebrado por Colombia y la OIT organización Internacional del trabajo en 1948, cuando fue ratificado y está incorporado al bloque de constitucionalidad y la solicitud hecha por esta parte en el sentido de que no fue indicada en la demanda, pero que se puede solicitar en cualquier tiempo, de que una de las partes o cualquier persona puede solicitar al juez la inaplicabilidad de una norma o de varias normas que la afecten a él en particular, puede hacer uso de ellas solicitando que no se las aplique, que aplique la excepción de inconstitucionalidad porque la perjudica a ella directamente y esa solicitud se hace para que tenga efectos interpartes, esa solicitud está hecha con fundamento en el artículo 4° de la normal superior, porque el Estado Colombiano al expedir la norma Decreto-Ley 760 de 2005, especialmente el artículo 24, está violentando está quebrantando, el convenio celebrado entre Colombia y la OIT, el convenio No 087, es decir, el mismo Estado Colombiano celebra el convenio, expide la norma y la violenta el convenio entre las partes, es por eso que la fundamentación (sic) de esta apelación se basa especialmente en las normas del bloque de constitucionalidad, integrado por los artículos 4,9, 53, 93, 94, 102 y 214 de la Carta Política, porque solicita se revoque la decisión aquí tomada y en su lugar conceda las pretensiones de la demanda presentada con en el libelo demandatario y sustentada en el mismo”.

⁴ 4Audiencia de 26 de noviembre de 2.019 – 40min-04s – 45min:20s del DVD-ROM. entre folios 121 y 122 del expediente.

Tramitada como se encuentra la segunda instancia y, no existiendo a juicio del Tribunal causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito, previas las siguientes,

2. CONSIDERACIONES:

Se parte por resaltar que no es un hecho discutido en esta instancia y por el contrario se encuentra acreditado que el demandante mediante Resolución 0000333 de 5 de septiembre de 2007, fue nombrado en provisionalidad en la planta global de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico – C.R.A en el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 04, asignado al Grupo de Control y Vigilancia de la Gerencia de Gestión Ambiental (ver fl. 15-16), así mismo que mediante Resolución No. 00000637 de septiembre 17 de 2018, se dio por terminada su vinculación laboral en provisionalidad (ver fl. 19-20), como su calidad de aforado como miembro suplente de la Junta Directiva de la Organización sindical Sindicato Departamental de Servidores Públicos y Trabajadores Oficiales del Atlántico “SINDEPUBLICO⁵” (fl. 17-18; 40-54).

Luego entonces, el primer aspecto a dilucidar en esta instancia se circunscribe en determinar si es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de lo contemplado en el art. 24 del Decreto-Ley 760 de 2005⁶, como lo pretende la parte actora apelante.

El art. 24 del Decreto-Ley 760 de 2005, establece:

“No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

⁵ Ver fl. 40. Constancia de depósito de reforma de estatutos de una organización sindical

⁶ “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 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”.

Sobre el alcance de la **excepción de inconstitucionalidad**, la Corte Constitucional en sentencia **SU-1327** del 13 de marzo de **2013** expresó:

“Es importante aludir que el artículo 4º de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.⁸ Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad. La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”.⁹ En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.

Y en el Auto 015 de 4 de febrero de 2003¹⁰, la Corte Constitucional sobre la **aplicación de la excepción de inconstitucionalidad**, indicó:

⁷ M.P. Dr. Alexei Julio Estrada

⁸ Artículo 4o. de la Constitución Política. *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

⁹ Véase en sentencia T-389 de 2009.

¹⁰ Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

“El artículo 4 constitucional no sólo permite, sino que ordena que en cualquier caso de incompatibilidad de la Constitución con otra ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En esa medida, el funcionario judicial que aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto ve plenamente validados sus pronunciamientos a la luz de la Carta Política.

(...)

La Corte Constitucional ha aclarado, de manera amplia, la validez de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y su compatibilidad con los pronunciamientos definitivos y con efectos erga omnes sobre la validez de una norma frente a la Constitución. (...)

(...)si, habiendo hallado fundada la inaplicación en el caso examinado, se produce después una sentencia erga omnes en sentido contrario, ésta prevalece y, respaldada por el tribunal competente la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención.”¹¹

Siguiendo los fundamentos de la sentencia se puede afirmar que:

a. El juez puede aplicar válidamente la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto sin que para esto sea obstáculo las competencias de Corte Constitucional y Consejo de Estado para estudiar la constitucionalidad de una norma, con efectos erga omnes.

¹¹ Ver sentencia C-600/98, M.P. José Gregorio Hernández (Se conocía de la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 393 de 1997 que consagra: Excepción de inconstitucionalidad. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente. Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso". El actor alegaba que si el Juez que conociera de la acción de cumplimiento podía determinar si la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad hecha por el funcionario demandado, estaba invadiendo la competencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para conocer de la constitucionalidad de leyes y actos administrativos generales. Por los motivos señalados en la parte arriba citada se declaró exequible la norma demandada.)

b. Una vez exista pronunciamiento definitivo de estas corporaciones en lo de su competencia, y no antes, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos.”.

Advierte la Sala que el citado artículo ya fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1119 del 1º de noviembre de 2.005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, al declarar *"EXEQUIBLE el artículo 24 del Decreto - ley 760 de 2005 "Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.*

Es así que, en la referida sentencia de constitucionalidad la Alta Corporación al referirse al caso de retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad indicó que no se requiere de autorización judicial, y así lo decantó:

“Como se ha señalado en esta sentencia, la garantía del fuero sindical elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución. Se trata entonces, como bien lo afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador. De ahí, que la ley exija para el retiro del servicio de los trabajadores amparados con el fuero sindical, la calificación judicial previa por la existencia de una justa causa. Con todo, por ministerio de la ley (C.P.L. art. 411), existen circunstancias en las cuales no se requiere autorización judicial previa para dar por terminado el contrato de trabajo de trabajadores aforados. Ello se presenta cuando se trata de contratos de trabajo por la realización de la obra contratada, por la

ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente. Tratándose de la accidentalidad, ocasionalidad o transitoriedad de un trabajo, no se contraviene la finalidad misma del fuero sindical, por cuanto las modalidades mismas de ese trabajo no constituyen de por sí garantía de permanencia para quien en ese momento es sujeto activo del mismo. Siendo ello así, mal se puede predicar estabilidad cuando la misma ley la ignora en esas circunstancias específicas.

5.2. Ya se señaló que el interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, así como un principio orientador de la función pública. En esas condiciones, la administración puede acudir al nombramiento de cargos en provisionalidad en procura del logro de los fines esenciales del Estado, mientras se puede proveer definitivamente el empleo con personas que superen las condiciones y requisitos del proceso de selección o concurso de méritos señalados por la ley, en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 125 de la Carta Política.

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtir ante esa entidad y por la misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones

que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el período de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad

relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos.

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues como lo sostienen tanto la entidad interviniente como el Ministerio Público, lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha de surtir ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política. No se trata en este caso de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la garantía del fuero sindical, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa.

El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicen de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección¹². Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser

¹² Cfr. T-1164/01, T-002/02, T-746/03, entre otras.

precedido de un acto administrativo motivado¹³ que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

<Negrilla y subrayado fuera del texto>

Lo reitero en la C- 318 de 2006, al referirse a la cosa juzgada:

“El alcance de la cosa juzgada en el presente proceso

Cabe precisar que la Corte en la Sentencia C-119 (sic) de 2005[1] decidió “Declarar EXEQUIBLE el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 ‘Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones’, por los cargos analizados en esta sentencia”, cargos dentro de los cuales se encontraba la acusación que los demandantes en el presente proceso plantean en contra del mismo artículo por la supuesta vulneración del artículo 150-10 superior [2].

En ese orden de ideas, dado que la Corte ya se pronunció en relación con el cargo aludido lo que corresponde es estarse a lo resuelto en la referida sentencia y así se señalará en la parte resolutive de esta providencia.”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no puede entrar a inaplicar por vía de la excepción de inconstitucionalidad, respecto a una norma cuando ya esta fue objeto de estudio y análisis por el máximo tribunal Constitucional, donde precisamente el art. 24 del Decreto-Ley 760 de 2005 fue declarado EXEQUIBLE, y es de recordar que es una providencia con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

¹³ El Decreto 1227 de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”, consagra en el artículo 10, la obligatoriedad de motivar la resolución de los nombramientos en encargo o provisionalidad.

Con base en lo anteriormente expuesto, estima esta Corporación que le asistió razón al A-quo al absolver a las demandas de las pretensiones de la demanda, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de las anteriores consideraciones la Sala Uno de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

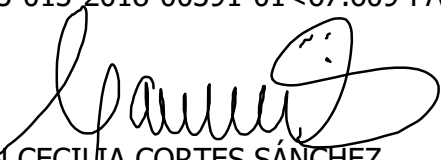
LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS.



CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ

Magistrada Ponente

08-001-31-05-013-2018-00391-01<67.609-FA



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ

Magistrada



JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNE

Magistrado