

TEMA: AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DESPEDIR A EMPLEADO CON FUERO SINDICAL - CONCURSO DE MÉRITOS – desvinculación por mandato legal /

TESIS: “En la sentencia CC C-1119-05, la Corte Constitucional precisó que la desvinculación de los servidores públicos en provisionalidad, derivada de la falta de aprobación de los concursos de méritos promovidos por la administración pública, no puede considerarse estrictamente un despido que exija previo levantamiento del fuero sindical, debido a que se trata, más bien, de una desvinculación por mandato legal, exenta de tal requisito. (...) En suma, no existía posibilidad de reintegro en razón a que el cargo en el que busca que se configure la medida – Profesional universitario código 219 grado 2, desapareció de la planta de personal de Indeportes Antioquia. (...) En estos términos, debe decirse que, de la valoración probatoria, no se advierte que la autoridad cuestionada hubiera desconocido el ordenamiento normativo aplicable al asunto sometido a su criterio jurídico, toda vez que se evidencia en su decisión, un análisis razonable de la realidad fáctica del mismo, con premisas que desde ningún punto de vista lucen antojadizas, siempre dentro del marco de autonomía y competencia que le es otorgada por la Constitución y la ley.”

MP. CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO.

FECHA. 17/05/2023

PROVIDENCIA. SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JUAN BAUTISTA ESTRADA MOSQUERA CC 70558777
DEMANDADO	INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES DE ANTIOQUIA (INDEPORTES ANTIOQUIA)
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	050013100502020220012801
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA
TEMAS Y SUBTEMAS	FUERO SINDICAL (ACCIÓN DE REINTEGRO) FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE MODIFICÓ EL CARGO POR EL CUAL SE ENCONTRABA VINCULADO EN PROVISIONALIDAD Y QUE SE OFERTÓ EN CONCURSO DE MÉRITOS
DECISIÓN	CONFIRMA

En la ciudad de Medellín, a los diecisiete (17) días **del mes de mayo del año dos mil veintitrés (2023)**, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, integrada por las magistradas: **María Eugenia Gómez Velásquez, Luz Amparo Gómez Aristizábal y como ponente, Claudia Angélica Martínez Castillo**, procede a emitir pronunciamiento con relación al recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **Juan Bautista Estrada Mosquera** frente a la sentencia proferida, el 20 de abril de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín al interior del proceso especial de Fuero Sindical promovido por **el recurrente contra el Instituto Departamental de Deportes de Antioquia (en adelante Indeportes Antioquia)**, identificado con el radicado único nacional 05001310502020220012801. Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

El señor Juan Bautista Estrada Mosquera promovió demanda especial con el fin de obtener su reintegro inmediato, sin solución de continuidad, en el cargo de Profesional Universitario 219 grado 2, que ocupara en Indeportes Antioquia y, a título de indemnización, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta el reintegro, así como las costas del proceso.

Subsidiariamente pidió, en orden excluyente, lo siguiente: (i) que el reintegro se ordene al cargo que Indeportes le reconocía al momento de su desvinculación; (ii) que *«en virtud del fuero sindical, sólo desvincule a JUAN BAUTISTA ESTRADA MOSQUERA cuando, por orden de llegada, se posesione el último de los ciudadanos que, por estar incluido en un concurso de méritos tenga derecho al cargo»* o (iii) se ordene a Indeportes que incluya al actor *«en la lista de protegidos laborales reforzadamente, cuya elaboración fue ordenada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín dentro de la acción de tutela con radicado 05-001-31-87-005-2021-00170-01»*

En respaldo de sus pretensiones, para lo que interesa a los efectos del recurso, informó que, el 27 de junio de 2011 se posesionó en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 219, grado 2 en Indeportes Antioquia, señaló que en las resoluciones de creación de cargos de profesional universitario no se previó el grado 1 y desde la Resolución 0003 del 27/9/2013 *«quedaron estipulados 13 cargos de profesional universitario código 219, grado 2»* y en la Resolución 005 de la misma fecha se asignó a estos trabajadores un salario de \$3.800.000; señaló que el cargo profesional Código 219, grado 1 apareció por primera vez en la Resolución 1075 también del 27/9/2013 por la cual se adoptó

el manual de funciones y competencias laborales de la entidad, asignando 4 de estos profesionales a la Oficina Asesora de Comunicaciones.

Puntualizó que, la gerencia de Indeportes en la Resolución 1097 del 8/10/2013 *«por medio de la cual se fija el grado para cada uno de los empleos dentro de la escala salarial»*, ordenó *«el cambio de grado de JUAN BAUTISTA ESTRADA MOSQUERA de Profesional Universitario 219, grado 2 a Profesional Universitario grado 1. Resolución que no fue notificada de manera personal al señor Estrada Mosquera»*.

Siguió diciendo que desde el 8/11/2013 hace parte de la Junta Directiva de la Asociación de Servidores Públicos Departamentales y que Indeportes el 01/01/2014 intentó notificarlo del cambio de grado pero que el carece de validez y no se había materializado, al menos por lo siguiente:

- 13.1. No se hace mención del acto administrativo que se estaba intentando notificar.
- 13.2. No se deja constancia de que a JUAN BAUTISTA ESTRADA se le haya entregado copia del acto administrativo.
- 13.3. No se estableció la hora en que ocurrió dicha notificación.
- 13.4. No anuncia los recursos que legalmente proceden contra dicho acto administrativo.
- 13.5. No indica las autoridades ante las cuales se pueden interponer los recursos legales.
- 13.6. No informa los términos para presentar los recursos legales contra el acto administrativo que se pretendió notificar.

Dicho esto, indicó que el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 1 fue ofrecido en el concurso correspondiente a la Convocatoria N.º 1042 de 2019, territorial OPEC 1572, con cuatro (4) plazas disponibles; fruto de esto la demandada profirió la Resolución 2021000798 del 13/13/2021 que lo desvinculó nombrando en su reemplazo al señor Herberth Martínez Restrepo quien ocupó el cuarto lugar en la lista de elegibles; contra esa decisión el demandante dijo que presentó sin éxito recurso de reposición y reclamación administrativa que corrió igual suerte.

Una vez admitida la demanda, el juzgado de primera instancia en el auto del 27 de septiembre de 2022 ordenó vincular al proceso a la Asociación de Servidores Públicos Departamentales y Municipales de Antioquia-ADEA, la notificó legalmente pero no contestó la demanda ni compareció al proceso.

Durante la audiencia especial de fuero sindical Indeportes Antioquia contestó la demanda admitiendo la existencia del vínculo empleaticio del demandante, y lo referente a la planta global de la entidad, pero desmintió que hubiese realizado modificación a la estructura salarial, afirmó que el demandante fue debidamente notificado por la Subgerencia Administrativa y Financiera de Indeportes mediante oficio en que se le informó acerca de que *«la denominación de su empleo cambiaría de Profesional Universitario 219 grado 2 a profesional Universitario grado 1, con una asignación salarial de \$3.400.000»*, decisión que tuvo vigor a partir del 1º de enero de 2014 (fl. 83 cuaderno 1ª instancia, 109 pdf).

En cuanto a la vinculación a la organización sindical señaló que, *«según el certificado expedido el 10 de noviembre de 2021 por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo, el señor Juan Bautista Estrada es integrante suplente de la junta directiva de la organización sindical denominada Asociación de Servidores Públicos Departamentales y Municipales de Antioquia – ADEA- desde el 19 de octubre de 2017»*.

Con relación a la lista de elegibles para proveer las cuatro vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario Código 219, grado 1 señaló que estuvo integrada por 15 aspirantes y con la posesión del señor Herbert Martínez en período de prueba, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de Juan Bautista Estrada Mosquera, respecto de quien, dada su condición de directivo sindical *«adelantó todas las acciones afirmativas a su*

alcance», conducta que, según aseveró quedó evidenciada en la Resolución S2021000849 del 13 de diciembre de 2021.

Insistió que no se requería autorización judicial para el retiro del demandante, porque el empleo que ocupaba correspondía a uno en provisionalidad y de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, *«no sería necesaria la autorización judicial para retirar del servicio cuando, entre otros, el empleo provisto en provisionalidad sea convocado a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento»*

Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción de la acción de fuero sindical, no se requería autorización judicial para el retiro del servicio del demandante, la terminación del vínculo laboral se dio por mandato constitucional y legal, falta de jurisdicción para analizar la legalidad y/o motivación de los actos administrativos que dieron por terminado el nombramiento.

La parte demandante reformó la demanda para indicar que la Junta Directiva de Indeportes con la Resolución 003 de 2014 derogó tácitamente la Resolución 1097 de 2013 por medio de la cual se cambió la denominación del grado de varios empleos, entre ellos el que ejercía el demandante y pidió nuevas pruebas.

El juzgado admitió la reforma de la demanda a través del auto del 4/11/2022, que profirió por fuera de audiencia y fijó fecha para el 22/11/2022 en la que recorrió el traslado al apoderado de la demandada, éste insistió en que los argumentos planteados en la reforma de la demanda cuestionando la legalidad de los actos administrativos no es de competencia del juez laboral, por consiguiente, pidió un pronunciamiento sujeto exclusivamente a la procedencia o no del fuero.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 20 de abril de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín profirió sentencia en la que absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones e impuso condena en costas a la parte vencida.

Para llegar a este resultado, planteó el problema jurídico consistente en establecer si el señor Juan Bautista Estrada se encontraba amparado por fuero sindical, y si era necesario solicitar la autorización judicial previa para relevarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad, y que sería provisto de la lista de elegibles de quienes superaron el concurso de méritos.

Luego de referirse a la definición, naturaleza y teleología del fuero sindical, analizó los eventos en los cuales no se requiere adelantar la acción de levantamiento de fuero sindical, y recordó que el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, declarado exequible en la sentencia C-1115 de 2005, establece que no es necesaria la autorización judicial cuando el cargo en provisionalidad es provisto por el concurso de méritos.

Así las cosas, analizó que el señor Juan Bautista Estrada Mosquera se encontraba inscrito en la certificación de la ADEA en el quinto lugar como suplente en la junta directiva de la mencionada organización sindical, que estaba vinculado en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 2, pero la denominación del cargo fue modificada a través de la Resolución 003 de 2013 y el demandante fue desvinculado en virtud del concurso de méritos.

En ese orden, aunque no encontró reparo en cuanto a que el demandante estaba cobijado por la garantía de fuero sindical, al encontrarse vinculado en provisionalidad en un cargo y producirse el nombramiento en periodo de prueba de la persona que superó el concurso de méritos dijo, Indeportes Antioquia no estaba obligada a tramitar previamente la calificación judicial de levantamiento del fuero sindical.

Frente a la legalidad u inoponibilidad del acto administrativo que cambió el grado del cargo, dijo que es una pretensión que excede el marco de la discusión de las pretensiones del proceso de fuero sindical, y cuya decisión está atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa; consideró que al resultar desfavorable la decisión, no era dable estudiar la procedencia o no del fenómeno extintivo.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante presentó recurso de apelación con fundamento en el artículo 117 del CPTSS.

Estuvo de acuerdo en que el cargo provisional es eminentemente transitorio o temporal, y que para la provisión definitiva a través de la lista de elegibles, no es necesario solicitar la autorización judicial previa; sin embargo, concretó su inconformidad a que, el cargo sobre el cual recayó el concurso - Profesional Universitario código 219 grado 1- es distinto de aquel que estaba ocupando el actor en provisionalidad -Profesional Universitario código 219 grado 2- por cuanto nunca se le notificó del acto administrativo en que la demandada decidió modificar el grado del cargo ocupado por el accionante y ese aspecto, dada la trascendencia que para el sindicato y el demandante tienen esa situación, debió ser dilucidado por el juzgador.

En orden a decidir, basten las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales.

En este caso se cumplen los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal. Así mismo, con base en el principio de consonancia del artículo 66 A del CPTSS, la competencia de esta Sala para decidir el recurso se circunscribe a los términos precisos del recurso.

4.2. Hechos pacíficos

En esta instancia no hay discusión respecto a lo siguiente:

- El señor Juan Bautista Estrada Mosquera, por necesidades del servicio, fue vinculado en provisionalidad a Indeportes Antioquia mediante Resolución 045 del 19/01/2011, para ejercer el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 2, del 19 de enero al 31 de diciembre de 2011, decisión que se le notificó el mismo día de inicio, en el que también aceptó el cargo y se posesionó.
- El demandante presentó renuncia al cargo el 28 de junio de 2011 y la entidad la aceptó en la Resolución 00718 de la misma fecha (fl. 36 pdf) y vuelto a nombrar por el termino de 6 meses en la Resolución 00741 del 20/6/2011 (fl. 38 pdf); el mencionado nombramiento se prorrogó en la resolución 01592 del 20(12/2011 hasta tanto se surta el concurso por parte de la CNSC (fl. 57 pdf)

- Juan Estrada es miembro suplente de la Junta Directiva de la Asociación de Servidores Públicos Departamentales y Municipales de Antioquia “ADEA”, en la Secretaría de Prensa y Comunicaciones (fl.79-80 pdf).
- El 27/9/2013, mediante la Resolución 003 de esa data, la Junta Directiva de Indeportes Antioquia, suprimió de la planta de personal del Instituto de Deportes de Antioquia, 7 de los empleos de Profesional Universitario código 219, grado 02 existentes y creó 13, ordenó la incorporación de los funcionarios existentes a la nueva planta de personal conforme al manual de funciones y concedió al gerente del instituto la potestad de distribuir los cargos de la planta global teniendo en cuenta las necesidades del servicios, los planes, programas y proyectos de la entidad (fl. 3 pdf demanda).
- **Posteriormente el gerente de Indeportes Antioquia expidió la Resolución 01097 del 8/10/2013 en la que fijó la escala salarial de la planta de empleos acogida por la Junta Directiva mediante Resolución 05 del 27/9/2013, y en el caso del demandante le asignó a la oficina asesora de comunicaciones en el cargo de Profesional Universitario código 219, con el nuevo grado 01 (fl. 19 pdf. demanda).**
- El 15/10/2013, el señor Juan Bautista Estrada Mosquera fue notificado de su incorporación en el nivel profesional, denominación, profesional universitario, código 219, grado 01, de la oficina asesora de comunicaciones de Indeportes (fl. 73 a 76 pdf contestación).
- La Subgerencia Administrativa y Financiera de Indeportes notificó al demandante el 1/1/2014 del cambio en el grado de su empleo siendo el anterior 02 y el nuevo 01 con un salario de \$3.400.000 (fl. 83 pdf).
- El cargo creado de Profesional Universitario código 219 grado 01 fue ofrecido en el concurso de méritos regido por la convocatoria N ° 1042 de 2019 territorial 2019 como OPEC1572.
- El Instituto Departamental de Deportes de Antioquia- Indeportes Antioquia, por medio de la Resolución 2021000798 del 13 de diciembre de 2021, desvinculó al señor Juan Bautista Estrada Mosquera del empleo de carrera correspondiente al Profesional Universitario código 219 grado 1, señalando que su vinculación culminaría el 14 del mismo mes y año.

4.3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo expuesto en el recurso de apelación, en esta oportunidad la Sala se ocupará **de** establecer, si el juzgado de primera instancia se equivocó o no al considerar que Indeportes Antioquia no estaba obligada a solicitar la autorización judicial previa para desvincular al señor Juan Bautista Estrada del cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 2 en el que estaba vinculado en provisionalidad, y que aun así no afectó la garantía del fuero sindical que ostentaba en calidad de miembro suplente en la Junta Directiva de ADEA, por cuanto ella se debió a la provisión del cargo a través del concurso de mérito..

4.4. Naturaleza del fuero sindical

El art. 39 de la Constitución consagra el derecho fundamental de asociación sindical de los trabajadores, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, dado que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifiquen y los una en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado, o de los empleadores.

Este derecho también ha sido reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87, aprobado por la Ley 26 de 1976 y 98 de la OIT aprobado por la Ley 27 de 1976, el primero de los mencionados en sus artículos 2 y 3 señala:

Artículo 2 “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Artículo 3. “1. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular sus programas de acción”.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

Ahora, en el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. En ese entendido la Corte Constitucional en la sentencia C-797 de 2000 señaló que la libertad sindical comporta:

i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones;

ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado;

iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39;

iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales;

vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.

Una de las expresiones que permite el ejercicio del derecho de asociación sindical y la libertad sindical, es la consagrada en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo. que define el fuero sindical como la garantía de rango constitucional que cobija a los trabajadores que hagan parte de las directivas de los sindicatos, que sean sus miembros adherentes o fundadores de organizaciones sindicales, para cumplir libremente sus funciones en defensa de los intereses de la asociación, sin que por esto sean perseguidos o sean sujetos de represalias por parte de los empleadores.

En ese orden, el art. 406 del C.S.T., establece en el literal “c” que están amparados por el fuero sindical:

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

El parágrafo 2º de la misma disposición reglamenta lo referente a la forma de demostrar el fuero sindical, precisando que se hará con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.

Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado, será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código procesal del Trabajo.

Puestas así las cosas, es dable indicar que, en el proceso bajo examen, las partes no controvertieron la calidad de aforado del señor Juan Bautista Estrada Mosquera, en atención a que está inscrito en el registro sindical como miembro de la junta directiva de la organización ADEA, en la que funge como suplente, y que el reproche se dirigió contra la parte de la sentencia en la que el juzgador de primer grado se declaró incompetente para pronunciarse en relación con la irregularidad de su desvinculación del cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 1 cuando estaba nombrado en provisionalidad en el de Profesional Universitario Código 219 grado 2, y la entidad omitió notificarlo del cambio de grado, aspecto que en su parecer debió ser dilucidado por el juzgador dada la trascendencia del asunto para el sindicato y el demandante.

4.5. Límites de la Competencia de la especialidad laboral para resolver la controversia relacionada con la garantía del fuero sindical.

Una vez el sentenciador de primer grado tuvo por establecido que la desvinculación del demandante no ameritaba el levantamiento previo del fuero sindical por cuanto estaba fundamentada en la provisión del cargo como consecuencia del concurso de méritos; en consecuencia, no realizó pronunciamiento alguno en relación con las irregularidades a que hizo alusión el actor, aduciendo que ellas eran de competencia de la jurisdicción contencioso administrativo.

Sin embargo, en esa consideración dejó de lado que el juez que resuelve un conflicto sobre la ineficacia de la terminación del vínculo laboral de un trabajador aforado está facultado para resolver las cuestiones adyacentes, para precisar si al trabajador le está dada o no la posibilidad de reintegrarse y este proceso no es la excepción como se analizará después.

Este aspecto fue examinado por la Sala de Casación laboral en la sentencia CSJ STL, 24 abr. 2012, rad. 28540, reiterada en fallo STL, 3 jul. 2013, rad. 32912, lo siguiente:

[...]

Por lo anterior, cuando se alega el despido de un trabajador aforado de una empresa, sin justa causa, es necesario acreditar dentro del proceso especial de fuero sindical, una serie de supuestos necesarios para obtener sentencia favorable; ellos son, a título de ejemplo: la existencia de la relación de trabajo, la calidad de miembro de la junta directiva y el despido.

En otras palabras, el juez que resuelve un conflicto relativo a la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero sindical está habilitado para resolver una serie de cuestiones adicionales que se le proponen para efectos de determinar si al demandante le asiste el derecho a ser reintegrado.

Estas conclusiones se infieren del contenido del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Decreto 204 de 1957 artículo 7º, que da a entender que el conflicto se genera entre un empleador y un trabajador, calidades que se pueden discutir dentro de este proceso. Señala la norma que el conflicto se da cuando un trabajador está amparado por fuero sindical, punto que puede ser objeto de controversia en un asunto de esta competencia cuando se pretenda demostrar que el trabajador no tiene calidad de aforado; igualmente, señala la norma que el juez negará el permiso para despedir cuando no se demuestre la existencia de justa causa, lo que impone concluir que también puede existir en los procesos de fuero, cualquiera que sea la acción (reintegro o permiso para despedir), controversia en torno a si hubo o no despido y si se requería o no la autorización judicial.

No se garantiza, en consecuencia, el derecho de asociación cuando so pretexto de un criterio de simple competencia se deja de asumir de fondo el conflicto y se da una solución meramente procesal en puntos donde la ley (artículo 408 C.S.T.) señala claramente el contenido de la sentencia, en donde se impone definir el fondo del conflicto.

Todo lo anterior está relacionado con lo dispuesto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo que le da al juez competencia para adoptar las medidas necesarias con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y precisamente, dentro de un proceso de fuero sindical, es deber del juez solucionar todas las cuestiones relacionadas con la declaración del derecho pretendido.

Una decisión eminentemente procesal como lo hace el ad quem, deja al trabajador sin posibilidad de defensa, determina la prescripción de la acción de reintegro y deja el conflicto en el limbo, generando requisitos judiciales adicionales (proceso ordinario), no señalados en la ley.

4.6. Necesidad de solicitar la autorización previa para la desvinculación del trabajador aforado por el concurso de mérito en un cargo y grado al que estaba vinculado el actor.

El juzgado de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda tras examinar el asunto y considerar que por tratarse de un trabajador que participó en el concurso de méritos que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer las plazas de los cargos de Profesional Universitario Código 219 grado 1 en Indeportes Antioquia, pero que no superó la prueba, con fundamento en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1115 de 2005, no era necesario solicitar previamente autorización judicial para el levantamiento del fuero sindical que ostentaba el actor.

Tal deducción, lejos de aparecer desvirtuada, está corroborada con las pruebas aportadas al proceso, en cuanto es irrefutable que el actor venía vinculado a la entidad accionada en provisionalidad desde el año 2011 también que la Junta Directiva de Indeportes Antioquia suprimió de la planta global 7 empleos correspondientes al cargo de Profesional Universitario código 219 grado 2, con lo que en la entidad continuaron ejerciendo las funciones propias del instituto con 13 empleos, posteriormente, el gerente de esa entidad expidió la Resolución 1097 de 2013 mediante la cual modificó los salarios de los empleados y grados del empleo, entre ellos el del actor, el cual conservó la denominación de Profesional Universitario código 219, pero varió a grado 01, siendo ofertado en el concurso de méritos, sin que el demandante formara parte del registro de elegibles.

En ese punto le asiste razón al juzgador de primer grado en cuanto identificó correctamente la normativa aplicable al caso concreto, y aplicó el artículo 410 del CST, en concordancia con el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, expedido

por el Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 909 de 2004, y regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección de los servidores públicos, respecto de quienes la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos, que expresamente señala:

ARTÍCULO 24. 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.

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 ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

En la sentencia CC C-1119-05, la Corte Constitucional precisó que la desvinculación de los servidores públicos en provisionalidad, derivada de la falta de aprobación de los concursos de méritos promovidos por la administración pública, no puede considerarse estrictamente un despido que exija previo levantamiento del fuero sindical, debido a que se trata, más bien, de una desvinculación por mandato legal, exenta de tal requisito.

Bajo esas circunstancias, la terminación del vínculo laboral del servidor público aforado sin necesidad de solicitar la previa autorización judicial persigue facilitar el 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).

También la Corte Constitucional en la sentencia C-1175 de 2005, recabó en que, a pesar de que el acto de desvinculación del servidor aforado, vinculado en provisionalidad, no requiere calificación judicial previa, como garantía de sus derechos fundamentales al trabajo y debido proceso, la terminación si debe estar precedida de un acto administrativo motivado, tal como acaeció en el presente caso, sin que ello quiera decir que el empleado carezca de mecanismos idóneos para controvertir el acto administrativo

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 predicán 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 selección [\[17\]](#). Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado [\[18\]](#) que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

Tan es así que el demandante lo comprendió de esa manera y manifestó y acreditó en el plenario que inició la respectiva acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener el restablecimiento de los derechos que considera conculcados por Indeportes Antioquia.

No obstante, aunque el demandante estuvo conforme con lo así decidido, le reprocha al juzgador no haber emitido pronunciamiento en relación con el aspecto nuclear de su demanda, esto es que su desvinculación del cargo como Profesional Universitario Código 219 grado 1, es irregular porque el cargo del cual fue desvinculado es uno distinto de aquel al que estaba nombrado en provisionalidad en la planta de personal de la entidad, esto es, el de Profesional Universitario Código 219 grado 2, por cuanto la entidad infringió la normatividad legal al abstenerse de notificarle personalmente el acto administrativo general.

Pues bien, la tesis del demandante de que no podía ser removido del empleo debido a la falta de coincidencia entre el cargo que fue provisto a través del concurso de méritos con el que realmente ocupaba en provisionalidad luce exótica, en razón a que busca ser reincorporado a un cargo que desapareció de la planta de personal de la entidad empleadora desde el momento en que la Junta Directiva de Indeportes emitió la resolución 003 de 2013 donde estableció la nueva planta de personal, para lo que siguió los lineamientos técnicos analizados en la sesión del 25/9/2013 y autorizó al gerente para distribuir los cargos conforme a las necesidades del servicio, lo cual hizo en la Resolución 1077 de 2013, dicho de otro modo, persigue el reintegro a un empleo inexistente.

Esto y no otra cosa fue lo que concluyó el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión en la sentencia del 19/4/2022 que resolvió el recurso de apelación contra la decisión que no amparó los derechos colectivos invocados en la acción popular interpuesta por algunos trabajadores de Indeportes Antioquia, entre quienes estuvo el señor Juan Bautista Estrada, como coadyuvante, en la mencionada providencia, la corporación consideró que el Gerente sí estuvo facultado por la Junta Directiva de la entidad para modificar los grados y las asignaciones salariales de los trabajadores de la entidad; por consiguiente no es dable indicar hasta este momento nada distinto a que el acto administrativo está en firme, la providencia dijo:

Como se advierte, el Gerente varió el grado de los cargos, Jefe de oficina, Subgerente, Tesorero general, Profesional Universitario, Profesional Especializado, Profesional Área de la Salud, Técnico Administrativo, Auxiliar Administrativo, Auxiliar Área de la Salud, Secretario Ejecutivo, Secretario y Conductor, cambio para el cual estaba plenamente facultado debido a que, como ya se evidenció a partir de la Resolución 005 de 2013 se generaba la necesidad de revisar la asignación salarial de cada cargo a partir de los criterios y parámetros previstos en dicho acto administrativo, lo que a su turno implicaba la verificación del grado que se asignaba; sobre la relación entre salario y grado, el Departamento Administrativo de la Función Pública ha explicado²

(...)

Se recuerda que la parte actora reprocha tres aspectos macro sobre los cuales funda las irregularidades de los actos enjuiciados, estos son, la falta de competencia del

gerente para modificar los grados fijados en la Resolución 003 de 2013, la irregularidad de haberse remitido en varias oportunidades a la Resolución 003 de 2013 cuando ya otras normas habían sido expedidas, y la oferta de 71 empleos en la convocatoria 2019 sin que los mismos existan.

A partir del recorrido efectuado, se puede concluir que el Gerente sí estaba facultado por la Junta Directiva para realizar las modificaciones a los grados de los empleos de la planta de personal de INDEPORTES dado que mediaron pluralidad de delegaciones para el efecto, inclusive la variación de grados inicial tuvo origen en la decisión de la Junta Directiva quien con la Resolución 005 de 2013 determinó la necesidad de implementar unos criterios objetivos para todos los grados de la entidad, sin prever excepción alguna y finalmente, es preciso advertir que la oferta de los empleos ante la CNSC es producto de un estudio de la evolución que ha tenido la planta de personal de la entidad, que como se vio ha sido objeto de diversas modificaciones desde el año 2013, que en todo caso debe ser vista en conjunto.

Dicho lo anterior, se señala que partir del discurrir normativo al interior de la entidad, se puede evidenciar un constante cambio de los grados de la planta de personal, así como del manual de funciones, de modo que es errado considerar que solo la Resolución 003 de 2013 ha permanecido incólume, y es justamente bajo en análisis conjunto de las normas, que puede concluirse que los cargos ofertados por INDEPORTES ante la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, sí existían y por demás era una obligación para la entidad someterlos a concurso de méritos pues no de otra manera puede materializarse el derecho Constitucional a la carrera administrativa; en esta línea argumentativa también es importante resaltar que, como lo mencionó el A quo la planta de cargos y las modificaciones realizadas toman los empleos, códigos y grados, por modo alguno se toma uno a uno los puestos ocupados por cada uno de los trabajadores, en ese orden, el comparativo a realizar debe ser conjunto a partir de la denominación del cargo y las características antedichas; con todo, se aclara que la presente discusión se analiza desde un punto de vista de derechos colectivos, de modo que, si hay situaciones particulares de presuntas afectaciones, será el Juez competente quien dentro del trámite que corresponda realice un estudio específico para cada situación.

En suma, no existía posibilidad de reintegro en razón a que el cargo en el que busca que se configure la medida – Profesional universitario código 219 grado 2, desapareció de la planta de personal de Indeportes Antioquia.

4.7. Existencia o no de un trato discriminatorio

Una de las normas internacionales fundamentales es el Convenio 98 de OIT, ratificado por Colombia, para lograr la eficacia del artículo 1º del mencionado convenio las autoridades habrán de abstenerse de todo acto que pueda provocar o tenga por objeto provocar una discriminación contra el trabajador en el empleo por causas sindicales.

No luce discriminatorio que la desvinculación de los trabajadores aforados que ocupan un cargo en provisionalidad la realice la entidad, una vez la vacante pueda ser provista en forma definitiva por quienes conforman el registro de elegibles al haber superado el concurso de méritos, ese aspecto fue materia de análisis de la Corte Constitucional en la sentencia C- 1175 de 2005:

Sobre la acusación de trato discriminatorio en contra de los empleados en provisionalidad con fuero sindical frente a los de carrera con la misma garantía, señala que los nombramientos provisionales gozan de una estabilidad relativa basada en los principios de la función pública y en la confianza legítima que respalda la buena fe de quienes ocupan tales cargos mientras se hace su provisión definitiva.

El nombramiento provisional es para cargos de carrera administrativa y tiene carácter temporal mientras se hace la provisión definitiva mediante concurso público de méritos y quienes los ocupan gozan de una estabilidad relativa propia de la misma situación en que ocupan el cargo y no por derechos laborales de la carrera administrativa. También se refiere a que en este caso el retiro del servicio, sin autorización judicial, obedece a que el cargo de carrera es temporal.

De otra parte, la Sala carece de elementos de juicio que le permitan establecer un trato discriminatorio respecto del demandante. Así, durante su interrogatorio el demandante manifestó que participó en el concurso de méritos en el mismo cargo que ocupaba, y se ofertó el del código 219 grado 1 y aunque argumentó que los cambios en la planta de personal de Indeportes Antioquia no involucraron el del Profesional Universitario 219 grado 2, en el mismo interrogatorio aceptó que Indeportes le notificó del acto por el cual se variaron los grados del cargo con el código 219 (folio 107 contestación de la demanda), y que, como consecuencia de ello, interpuso una demanda ante la jurisdicción contenciosa por la controversia entre los códigos de su cargo que estaba para resolver.

En estos términos, debe decirse que, de la valoración probatoria, no se advierte que la autoridad cuestionada hubiera desconocido el ordenamiento normativo aplicable al asunto sometido a su criterio jurídico, toda vez que se evidencia en su decisión, un análisis razonable de la realidad fáctica del mismo, con premisas

que desde ningún punto de vista lucen antojadizas, siempre dentro del marco de autonomía y competencia que le es otorgada por la Constitución y la ley.

De acuerdo con lo expuesto, no está demostrada la pertinencia de acceder a la protección foral, por lo tanto, se confirmará la decisión de primer grado y al no salir adelante el recurso de apelación, se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO; Confirmar la sentencia proferida el 20 de abril de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín al interior del proceso especial de fuero sindical (acción de reintegro), promovido por **JUAN BAUTISTA ESTRADA MOSQUERA**, contra el **Instituto Departamental de Deportes de Antioquia (en adelante Indeportes Antioquia) identificado** con el radicado único nacional 05001 3105 **020 2022 00128 01**.

SEGUNDO: Condenar en costas al recurrente, señalar las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijará por secretaria por el término de un día.

Las magistradas (firmas escaneadas)


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ