



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISION LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ

**REF: FUERO SINDICAL - ACCION DE REINTEGRO
ACCIONANTE: PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS
ACCIONADO: DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO,
EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – CONCEJO
DISTRITAL DE CALI
RADICACIÓN: 76001-31-05-019-2022-00140-01**

Acta número: 039

Audiencia número: 557

En Santiago de Cali, a los dos (02) días del mes de diciembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 modificadorio del artículo 82 del CPT y SS, nos constituimos en audiencia pública con el fin de darle trámite al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia número 118 del 12 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad.

SENTENCIA N° 0503

La señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS, a través de apoderada judicial promovió proceso especial de fuero sindical contra el DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI –



CONCEJO DISTRITAL DE CALI, con el fin de que se declare que la orden de eliminación de las funciones dada por la accionada es una violación al derecho de asociación sindical, y en consecuencia, solicita continuar ejecutando las funciones asignadas mediante misiva del 02 de febrero de 2021 – acción de reinstalación -, las cuales fueron objeto de prueba en proceso Especial de Levantamiento de Fuero Sindical

En sustento de sus pretensiones aduce la demandante tanto en su demanda como en la reforma que hiciera de la misma, que mediante Resolución No. 21.2.22.150, se vinculó a la Unidad de Apoyo normativo de la Concejal María Clementina Vélez, a partir del 03 de marzo de 2014, luego, el 1° de febrero de 2019 fue nombrada mediante Resolución No. 21.2.22-072 nuevamente en la citada unidad y pasó de ocupar el cargo de Auxiliar Administrativo I al cargo de Auxiliar Administrativo II.

Que posterior al vencimiento del término constitucional de nombramiento de la mentada Concejal, fue asignada por reubicación laboral a la Unidad de Apoyo Normativo de un nuevo Concejal, en el área de recurso físico, con horarios y funciones establecidas en el oficio del 02 de febrero de 2021 suscrito por la Jefe de Recurso Físico y que, siempre se ha desempeñado en los cargos de Auxiliar Administrativo I y II, de manera continua e ininterrumpida.

Que el día 20 de febrero de 2020 el Concejo de Santiago de Cali, instauró demanda especial de levantamiento de fuero sindical en su contra, dado que, se encuentra afiliada al Sindicato de Empleados de Cali y el Valle “SINEMCAVALLE”, perteneciendo a la Junta Directiva en calidad de Tesorera; sin embargo, la misma fue negada en primera instancia, decisión que confirmó el Tribunal Superior de este distrito judicial.

Que el pasado 21 de febrero de 2021, notificó al Concejo Distrital de Santiago de Cali de su estado de embarazo y las recomendaciones de tipo médico.

Que el día 18 de marzo de 2022 recibió misiva del Concejo Distrital en la que le informaba: *“[...] a partir del 28 de marzo de 2022 quedará a órdenes de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santiago de Cali, para que determine sus funciones conforme a la naturaleza del*



empleo de libre nombramiento y remoción, en el cual fue nombrada mediante Resolución No. 21.2.22-072 del 01 de febrero de 2019, en virtud del principio de la confianza, cargo que se creó con la respectiva postulación del Concejal electo en su momento hasta por el término de su período constitucional. Lo anterior, en cumplimiento al artículo 78 de la Ley 617 de 2000 que establece: “Las asambleas y concejos podrán contar con unidades de apoyo normativo, siempre que observen los límites de gastos a que se refieren los artículos 8, 10, 54 y 55”. Teniendo en cuenta a su vez, que el artículo 52 del acuerdo 0220 de diciembre 24 de 2007 señala: “Los empleos públicos de las unidades de apoyo normativo de cada concejal, no hacen parte de la plata global de cargos del Concejo Municipal de Santiago de Cali, son de libre nombramiento y remoción, indistintamente de la denominación que se le dé al cargo y se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004. En virtud de lo dispuesto en el presente oficio se deja sin efectos cualquier otra decisión que previamente le haya sido impartida respecto al cumplimiento de sus funciones, conservándose así la naturaleza del empleo adscrito a la Unidad de Apoyo Normativo.”

Que luego, el pasado 30 de marzo de 2022, el Concejo Distrital le informó que, con aprobación de la Mesa Directiva de esa Corporación, debía cumplir las funciones a órdenes del Concejal que la postuló para ser nombrada en el cargo de auxiliar administrativo II, de libre nombramiento y remoción, adscrito a su Unidad de Apoyo Normativo.

Que, desde la posesión de la nueva Junta Directiva, ha sentido actos de presión y maltrato.

Que la demandada no le pagó los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, beneficios extralegales y convencionales, a partir del período comprendido entre el 1° de abril y el 21 de junio de 2022, fecha hasta la cual ella asistió a las instalaciones del Concejo Distrital de Santiago de Cali, para el cumplimiento de sus funciones.

Que el presidente del Concejo de Cali retiró las funciones ya asignadas por la misma corporación a la señora Paola Andrea Rivera, mismas que fueron valoradas por el juez laboral en el proceso especial de levantamiento de fuero.



TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso, correspondió por reparto, al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, despacho que admitió la demanda y ordenó su traslado y notificación a la demandada.

EL DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – CONCEJO DISTRITAL DE CALI al dar respuesta a la demanda, aceptó que la accionante integró la Unidad de Apoyo Normativo de la Concejal María Clementina Vélez Gálvez, quien fue elegida de manera sucesiva en los períodos 2008-2011, 2012-2015 y 2015-2019, que las funciones que desarrolló son las previstas en el Acuerdo 220 de 2007 – Anexo 2, que se desempeñó en el cargo de auxiliar administrativo I y II, y que está afiliada a la organización sindical.

Explicó que la accionante se encontraba en una condición “disfuncional”, porque estando nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativo II de la Unidad de Apoyo Normativo de la Concejal que terminó su período constitucional y ante la imposibilidad de poderla retirar por la protección foral que gozaba, se le reubicó en otras áreas administrativas y se le pagó salario por hacer funciones administrativas, distintas a las del empleo nombrada, lo que es improcedente conforme al literal d, numeral 1 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, de ahí que, el 30 de marzo de 2022, se le informó que debía cumplir las funciones a órdenes de la Concejal que la postuló, sin embargo, ante la imposibilidad del cumplimiento de las funciones, por la inexistencia de la Concejal que la postuló, se declaró insubsistente su nombramiento mediante Resolución 21.2.22-302 de junio 22 de 2022.

Se opuso a las pretensiones incoadas en la presente acción, bajo el argumento de que lo actuado institucionalmente se hizo atendiendo los lineamientos de orden legal y jurisprudencial y formuló en su defensa las excepciones que denominó: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A REINCORPORAR - IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REINSTALACIÓN, CAMBIÓ LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI – SALA LABORAL, INEXISTENCIA DE FUERO SINDICIAL, PRESCRIPCIÓN, CARENCIA DEL DERECHO, BUENA FE, e INNOMINADA”.



La Organización Sindical denominada **SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”** no se pronunció al respecto.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, mediante sentencia número 118 del 12 de septiembre de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia del fuero sindical e inexistencia de la obligación, formuladas por la parte accionada y en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas por la demandante a quien le impuso condena en costas.

Para arribar a la anterior decisión, el A quo consideró que luego de explicar la protección de la garantía foral y los beneficiarios de éste, que por regla general, en la acción de reintegro, o reinstalación el Juez sólo debe constatar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y si dicho requisito efectivamente se cumplió antes de despedir o de desmejorar; sin embargo, cuando una de las partes al interior del proceso, defiende como teoría del caso, que la otra ha abusado del derecho de asociación sindical y del fuero sindical; en esa medida, es su deber en cada caso concreto, y sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, construir su pleno convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado.

Citó el artículo 408 del CST y precisó que el permiso solicitado por el patrono para despedir a un trabajador con fuero sindical debe negarse, si no se comprueba la existencia de una justa causa; respecto de los empleados públicos de carrera o libre nombramiento o remoción citó el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que establece como causal legal 1° *“la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción”*, la cual afirmó, no requiere ninguna razón justificativa, ni calificación, dado que, los empleados de libre nombramiento y remoción, por definición legal pueden ser nombrados y removidos libremente, porque implican labores de dirección o manejo y otras de asesoría u orientación institucional, que implican la vinculación de personal de entera confianza, de allí que su estabilidad es precaria.



Puntualizó que la facultad de nombrar y remover es relevante si se tiene en cuenta que los nombramientos de los miembros de la unidad normativa se atribuyen al concejal que gana las elecciones y por ende son cargos que están incluso ligados a su período constitucional, de allí que, al terminarse tal período, termina la vinculación de las personas que por confianza y decisión política fueron elegidos.

Precisó que el cargo desempeñado por la demandante fue de libre nombramiento y remoción y ella no ejerció autoridad civil o política, ni cargo de dirección o administración, por lo que en principio se puede inferir que la garantía foral es aplicable, sin embargo, explicó que no se puede pasar por alto que la concejal María Clementina Vélez Gálvez estuvo consecutivamente en el cargo desde el 1° de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2019 y que la organización sindical fue creada justo un mes antes que venciera el período constitucional de elección, esto es el 25 de noviembre de 2019, de ahí que se cuestiona, ¿por qué la demandante y demás integrantes del sindicato SINEMCAVALLE no crearon tal organización desde el momento en que fueron postulados para tales cargo, sino, en el momento en que se enteraron que la concejal no fue reelegida para el cargo?.

Indicó que la respuesta al interrogante anterior era crear una estabilidad laboral reforzada, en un evidente abuso del derecho; añade que, en el interrogatorio de parte, la demandante admitió que más de 6 miembros del sindicato, tenían ese tipo de nombramiento, lo que le permitió evidenciar, que la intención fue continuar en los cargos de libre nombramiento y remoción, a pesar de la culminación del período constitucional de la concejal. Afirmó que era evidente el abuso del derecho de los miembros de la Junta directiva del sindicato, en tanto, eran los miembros de la unidad legislativa de la concejal citada y quienes sabían que para el año 2020-2023 no era posible su postulación y de contera, continuidad, aclarando que el hecho que la demandante hubiese seguido vinculada con el Concejo obedeció al proceso que adelantó en el mes de febrero de 2020, ese organismo municipal, el cual se demoró dos años.

Con todo, expuso que, si se admitiese que la accionante gozaba de la garantía foral, el Municipio de Cali no tenía la obligación de solicitar permiso ante el Juez del trabajo, por cuanto, al tratarse de un empleado público de libre nombramiento y remoción, se debe acudir



a lo dispuesto en el literal a) del art. 41 de la Ley 909 de 2004, que establece como causa legal para finalizar el contrato la declaratoria de insubsistencia de ese tipo de empleos, en consecuencia, la estabilidad es precaria máxime si se tiene en cuenta que el nombramiento de los empleados que integran la unidad legislativa depende del concejal que gana la elección y depende del período constitucional.

Finalmente, explicó que no se puede entender que el Tribunal negó la posibilidad de terminar los contratos con la sentencia que profirió en la que negó el levantamiento del fuero sindical.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte accionante formuló el recurso de alzada, buscando la revocatoria total del proveído atacado, argumentando que no es objeto de discusión que la demandante se encuentra vinculada al Concejo de Cali desde 03 de marzo de 2014, sin que medie solución de continuidad, en el cargo de unidad de apoyo normativo al servicio de la Concejal, que tampoco se discute que se cumplieron las condiciones legales para que la demandante sea reconocida como sujeto de especial protección a quien le ampara la garantía de protección foral.

Respecto del abuso del derecho que fue planteado por el juez, señaló que se debe revisar el Convenio 151 de 1978, relativo a las relaciones de trabajo con la administración pública, en particular el art. 4°, así como los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Arguyó que la teoría del abuso del derecho fue desarrollada de forma arbitraria por el Juez, sin más sustento jurídico que unas preguntas realizadas en el interrogatorio de parte a la demandante, bajo el argumento que unas personas que gozan de protección foral, ejecutaron la creación de la organización sindical, la que en su sentir es funcional, activa, procedente y como lo dijo la demandante en el interrogatorio de parte que absolvió fue presentado haciendo uso de su derecho a la negociación colectiva, la participación del ejercicio de negociación, además que se demuestra en el plenario que tal organización sindical busca la reivindicación laboral.



Añadió que la demandante fue conclusiva en el interrogatorio de parte al explicar las razones loables y jurídicamente sustentables de la creación de la organización sindical, cuestionando si una serie de indicios y presunciones negativas, pueden descartar la protección del derecho fundamental. Manifiesta que además de demostrarse la garantía foral que goza la demandante, también se mencionó de la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, la cual tiene la vocación que las decisiones judiciales deben ser amparada en su sentido básico, claro, primario y efectivo.

Indica que el Juez de primera instancia no estudió el actuar arbitrario y caprichoso de la parte demandada, quien no logra sustentar un argumento distinto a los aspectos que ya habían sido objeto de protección por parte del Juez Décimo Laboral del Circuito y en la sentencia 499 del 25 de noviembre de 2021, proferida por este Tribunal con ponencia de la Magistrada Elsy Alcira Segura Díaz.

Añadió que quedó demostrado que la finalidad de este caso no es adecuar circunstancias a una causal inexistente, como lo señaló el Juez, sino que la acción de reintegro debe velar por la protección de un fuero sindical que se aboga transgredido. Preciso que el juez concluyó que la demandante goza del fuero sindical, por ende, el derecho internacional ampara tal protección, ella ha efectuados actos tendientes a que esta acción jurisdiccional genere provecho redundante en la organización sindical, y no para ella, y que ella tiene la posibilidad de haberlo probado ante la calidad de negociadora en una mesa de negociación de empleados públicos en virtud del Decreto 160 de 2004, de ahí que cuestiona, ¿dónde está el abuso del derecho y el provecho individual de una garantía legalmente estatuida y en ejercicio de una función específica?.

Explicó que debe observarse con detenimiento que la demandante desde el año 2014 ha prestado el servicio de manera ininterrumpida en la busca de los fines del Estado, por ende, la desvinculación de ella no se circunscribe a un período constitucional de un concejal, como lo pretende hacer valer la parte demandada y lo afianzó el juez, sino que la entidad pública decidió entregar la continuidad para la prestación del servicio a la demandante, teniendo la



posibilidad de no colocarla a prestar servicios mientras se resolvía el proceso de levantamiento de fuero sindical.

Reitera que el nombramiento de la demandante es de libre nombramiento y remoción conforme el artículo 125 de la Constitución Política, por ser miembro de una unidad de apoyo normativo, y aunque en apariencia el nominador gozaba de discrecionalidad, ello debe ser bajo el ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad, lo que asegura fue inadvertido por la parte demandada y el A quo, al convalidar una acción discriminatoria y contraria al cumplimiento de una sentencia ejecutoriada y en firme.

Aduce que el Juez pretende hacer ver que el derecho que se está reclamando se funda sobre razones jurídicas que nunca han sido debatidas, o, por el contrario, que nunca ha tenido la opción de generar un argumento de defensa y contradicción con la entidad aquí demandada, pero desatando una discusión proteccionista en contra del sujeto fuerte de la relación laboral y sobre el cual no reposan las garantías constitucionales presentadas, pues no se observa más que un acto de convalidación de los actos jurídicos discriminatorios e ilegales generados por la demandada, toda vez que, no ha demostrado los actos realizados para dar cumplimiento a la sentencia judicial ejecutoriada, sino que por el contrario, decidió desvincular a la demandante.

Indicó que, una vez culminado el período constitucional, la demandante fue asignada a un nuevo Concejal, no en razón al fuero sindical, sino en cumplimiento del Acuerdo 220, misma norma que citó el Juez, pero para negar el derecho; explicó que el citado Acuerdo señala que las personas nombradas para un período constitucional pueden ser nombradas para el siguiente, por el mismo u otro concejal, como ocurrió en este caso en el que se evidencia la continuidad laboral. Manifestó que el apoderado de la parte demandada pretende hacer entender que quien realizaba los actos jurídicos de nombramiento para la continuidad del servicio eran los concejales, lo que es contrario a la ley, porque los colaboradores no trabajan para los concejales, y quien toma las decisiones respecto de la administración del capital humano es el Concejo Distrital.



Solicitó realizarse un análisis de la situación fáctica de las pruebas, pero desprovisto de la mentada tesis de abuso del derecho, más allá de la fecha de la creación del sindicato y estudiando el contenido completo de quiénes eran los miembros de la organización sindical. Afirmó que el juez hizo uso de la Ley 909 cuando establece que una de las causas para desvincular a la demandante, es establecer el acto administrativo de desvinculación.

Refuta que los actores continuaron en la ejecución de la prestación del servicio desde abril hasta junio, y les continuaron pagando la seguridad social, pero los desprotegeron del pago del salario, situación que también inadvirtió el juez, quien señala fundó su argumento en que el sindicato se creó en un mes que no debía crearse, sin ninguna justificación jurídica, presuponiendo que todo trabajador de libre nombramiento y remoción que configure la creación del sindicato y que además pertenezca a la junta directiva del mismo, será un abusador del derecho, nuevamente cuestionando la confianza legítima frente al Estado y a la administración de justicia, en tanto, ya existe un proceso judicial anterior.

Reiteró que la demandante cumple con todas las garantías para establecer la protección del derecho laboral colectivo para ella y toda la organización sindical, en tanto, fueron hechos no discutidos por el juez, la persecución sindical de la que fue objeto los miembros de la organización sindical, quienes fueron demandados. Explica que, en la sentencia proferida por este Tribunal ya citada, se señaló que la demandante fue reubicada en unidades normativas de otros concejales, lo que está conforme con el artículo 52 del Acuerdo 220 de 2007, por ende, y al no encontrarse causal para finalizar el contrato, no se autorizó el levantamiento del fuero solicitado; por lo anterior solicita que si no se puede aplicarse la teoría de la cosa juzgada, se aplique el principio de la seguridad jurídica y confianza legítima de un sujeto de especial protección del Estado.

Alega que la demandante fue vinculada para un período y para un concejal específico, que en la actualidad va de 2020 al 2023 y no se ha terminado. Así mismo, que los alegatos presentados por el apoderado judicial de la demandada son constrictivos a la administración de justicia, que coartan la seguridad de la prestación del servicio, por lo que solicita desatenderlas, porque no se está trasgrediendo la ley, en tanto, se ha hecho uso de las garantías legales para uso de la defensa en el proceso de levantamiento de fuero que se



tramitó, además que los trabajadores afiliados al sindicato, no son únicamente trabajadores del Concejo Municipal sino por otras entidades públicas, y que en todo caso, los derechos de la demandante ya habían sido protegidos.

Finalmente, señala que la demandada no probó el detrimento patrimonial del que ha hecho mención el apoderado de la pasiva.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Antes de entrar a determinar los problemas jurídicos a estudiar por parte de la Sala, se advierte que no es materia de controversia, los siguientes supuestos:

- 1.- Los nombramientos de la demandante PAOLA ANDREA RIVERA GALVEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo II de la Unidad de Apoyo Normativo de la Honorable Concejal MARIA CLEMENTINA VELEZ GALVEZ, y sus respectivas posesiones en dicho cargo. (fl. 1 – 17 expediente digital – Anexo1Demanda)
- 2.- La reubicación laboral de la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS como Auxiliar Administrativa II, a partir del 14 de enero de 2020, para el desempeño de sus funciones a órdenes del Concejal MILTON FABIAN CASTRILLON y posteriormente a partir del 1° de febrero de 2021, a órdenes de la Doctora INES VELASQUEZ CASTILLO, Jefe de Recurso Físico, según instrucciones dadas por la mesa directiva del Concejo Municipal de Santiago de Cali. (fl. 18 – 19 y 26 expediente digital – Anexo1Demanda)



3.- La exclusión del pago de nómina a la aquí demandante y a otros servidores públicos, a partir del mes de enero de 2022, por parte del Presidente del Concejo Distrital de Santiago de Cali. (fl. 126 – 127 y 138 expediente digital – Anexo1Demanda)

4.- La determinación de la Presidencia del Concejo de Santiago de Cali de dejar a la señora PAOLA ANDREA RIVERA a órdenes de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santiago de Cali, para que determine sus funciones, a partir del 28 de marzo de 2022. (fl. 140 – 141 expediente digital – Anexo1Demanda)

5.- La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante a partir del 22 de junio de 2022, por parte de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santiago de Cali, a través de la Resolución número 21.2.22-295 del 22 de junio de 2022.

6.- La existencia, inscripción y vigencia en la base de datos del archivo sindical del Ministerio del Trabajo de la Organización Sindical denominada SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”, de primer grado y de Empresa, con domicilio en Cali, Valle. (fl. 55 – 71 expediente digital – Anexo1Demanda)

7.- La calidad de integrante de la Junta Directiva Nacional del sindicato SINEMCAVALLE respecto de la demandante PAOLA ANDREA RIVERA GALVEZ, en el cargo de Tesorero y su correspondiente comunicación tanto al Concejo Municipal como a la Alcaldía de Santiago de Cali. (fl. 55 – 71 expediente digital – Anexo1Demanda)

PROBLEMAS JURIDICOS

Sea lo primero precisar que, el presente trámite fue propuesto con el fin de lograr la reinstalación al cargo, en particular, para que la accionante siguiera ejecutando las funciones asignadas mediante misiva del 02 de febrero de 2021, no obstante, en el transcurso del proceso se dio la desvinculación de la demandante y el debate probatorio en primera instancia se circunscribió a determinar la procedencia o no del reintegro.



Precisado lo anterior, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si para el momento en que se dio la desvinculación de la demandante, gozaba de la garantía foral (existencia del fuero sindical), y si a la demandada le asistía la obligación de solicitar la autorización del Juez Laboral para terminar dicho vínculo.

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, es necesario precisar que los convenios 87 y 98 de la OIT, integrados al orden jurídico interno con rango de normas constitucionales por ministerio del artículo 93 de la Constitución Política, así como el artículo 39 de la misma Carta Magna, que consagran el derecho fundamental a la libertad sindical, expuesto por la Guardiana de la Constitución, entre otras en las sentencias: C-385 de 2000, C-797 de 2000, C- 466 de 2008.

La libertad sindical está formada por el derecho de asociación sindical; y el de negociación colectiva; el primero hace referencia a la facultad que tienen los trabajadores de crear organizaciones sindicales, sin restricción, intromisión o intervención del Estado, que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento; el segundo implica que los trabajadores tienen el derecho a negociar las condiciones laborales, bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la Ley y la posibilidad de iniciar una huelga.

Para lo que aquí interesa, una de las consecuencias del reconocimiento del derecho de asociación sindical, es la consagración de una garantía de estabilidad reforzada para distintos trabajadores que ejercen funciones esenciales para el sindicato, o también denominado fuero, lo cual sólo puede entenderse porque el derecho de asociación sindical es a la vez un derecho constitucional individual de los trabajadores que son titulares del mismo y un derecho constitucional colectivo, cuyo titular es el Sindicato. (C-965 de 2011)

El Convenio 98, precisa el alcance de la protección y proscribire como conductas discriminatorias tendientes a menoscabar la libertad sindical: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; y (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de



su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El artículo 39 de la Constitución Política reconoce a los representantes sindicales el fuero como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión. Así de esta manera, el legislador le ha dado contenido y alcance a este reconocimiento, en atención de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que establecen que *“...los países miembros se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto que pretenda perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, incluido el despido”*.

Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el fuero sindical es una garantía que propende por la estabilidad de quienes han decidido asociarse para crear o hacer parte de una organización sindical, consistente en que, en el evento en que su empleador pretenda despedirlos, trasladarlos o desmejorar sus condiciones laborales, deba acudir previamente a una autoridad judicial, a fin de que ella califique la causa de la decisión, revisando su concordancia con el ordenamiento vigente (sentencia T – 938 de 2011).

En nuestra legislación interna el artículo 405 del C.S.T., modificado por el artículo 1 del Decreto 204 de 1957, establece la protección del fuero sindical de la siguiente manera:

“Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.”

Precisado lo anterior, debe establecerse desde cuando se demuestra la calidad de aforado sindical, para lo cual debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 406 del C.S.T., modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000:

“Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;



b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

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

d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más,”

Igualmente, el parágrafo 2 del citado artículo 406, establece que para acreditar la calidad del fuero sindical se debe:

“demostrar con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador”.

Descendiendo al caso *sub-examine* la existencia del SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”, de primer grado y de Empresa, se encuentra acreditada conforme a la documental allegada con la demanda, organización sindical que en su primera nómina de Junta Directiva y estatutos depositados ante el Ministerio de Trabajo, el mismo día de su constitución 25 de noviembre de 2019, se designó a la aquí demandante como Tesorera, nombramiento que fue notificado al ente llamado a juicio, el mismo mes y día, por parte del Presidente de dicha organización sindical, acatando de ese modo el parágrafo anteriormente citado. (fl. 55 – 71 expediente digital – Anexo1Demanda)

Ahora bien, en consideración a que el A quo no encontró viable la presente acción, luego de considerar que los empleados de libre nombramiento y remoción, por definición legal pueden ser nombrados y removidos libremente, y por ende no era necesario agotar el proceso de levantamiento del fuero sindical para terminar la relación legal y reglamentaria de la trabajadora aquí demandante, que hace parte de la Unidad de Apoyo Normativo del Concejal, la sala tiene a bien precisar lo siguiente:



En primer lugar, y como ya se señaló en líneas precedentes, el nombramiento de la demandante se llevó a cabo en un cargo de libre nombramiento y remoción, tal como lo prevé el artículo 125 de la Constitución Política, además, así quedó consagrado en la Resolución 21.2.22-072 del 1° de febrero de 2019, en la que además de designar a la demandante como Auxiliar Administrativa II en la Unidad de Apoyo Normativo de la concejal María Clementina Vélez Gálvez, para el período constitucional 2016-2019, se señaló:

“PARAGRAFO: Por ser este un cargo adscrito a una Unidad de Apoyo Normativo de un Concejal, no hace parte de la Planta Global de Cargos del Concejo Municipal, es de libre nombramiento y remoción y el nombramiento se hace sólo hasta por el término del período constitucional del respectivo Concejal que lo postuló existiendo discrecionalidad para la desvinculación de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Acuerdo Municipal 220 de 2007”

De lo anterior, se tiene que, en principio, el nombramiento de la demandante tenía implícito su terminación, dado que, estuvo condicionado a la finalización del período constitucional de la citada concejal, situación que se corrobora además con lo dispuesto en el artículo 52 del Acuerdo 220 de 2007 emanado del Concejo de Cali, que dispone: *“NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMPLEOS DE LAS UNIDADES DE APOYO NORMATIVO. Los empleos públicos de las Unidades de Apoyo normativo de cada Concejal, no hacen parte de la Planta Global de cargos del Concejo Municipal de Santiago de Cali; son de Libre Nombramiento y Remoción, indistintamente de la denominación que se le dé al cargo y se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 909 del 23 de Septiembre de 2004. Los servidores públicos nombrados en estas unidades podrán laborar hasta por el término del período constitucional del Concejal que los postula, sin perjuicio de ser nombrados nuevamente para el período siguiente, previa postulación. De conformidad con la Constitución y la Ley.”*

No obstante, se debe precisar que en el puntual caso de la señora RIVERA GALVIS, tal y como se puede observar con la documental vista a folios 18 del expediente digital – Anexo1 Demanda, ésta fue reubicada como Auxiliar Administrativa II, a partir del 14 de enero de 2020, para el desempeño de sus funciones a órdenes del Concejal MILTON FABIAN CASTRILLON y posteriormente a partir del 1° de febrero de 2021, a órdenes de la Doctora INES VELASQUEZ CASTILLO, Jefe de Recurso Físico, según instrucciones dadas por la mesa directiva del Concejo Municipal de Santiago de Cali.



Dicha situación que se acompasa a lo establecido en el artículo 52 del Acuerdo 220 de 2007 antes analizado, al prever que los empleos públicos de las Unidades de Apoyo normativo de cada Concejal, pueden ser nombrados nuevamente para el período siguiente, previa postulación, puesto que a pesar de que la Honorable Concejal a donde inicialmente estaba vinculada a su unidad de apoyo normativo no fue reelegida para el período 2020 – 2023, ello no fue impedimento para que por disposición de la misma Mesa Directiva del Concejo Municipal de Santiago de Cali, continuara con el servicio de la aquí demandante, como en anterior ocasión se analizó por parte de esta Sala de Decisión Laboral, en el trámite de segunda instancia, dentro del proceso especial de fuero sindical – Permiso para despedir adelantado en ese entonces por la que hoy funge como demandada contra la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS y OTROS.

Debe esta Sala mayoritaria rememorar igualmente la diferencia que existe entre la causa legal y una justa causa para despedir o desvincular del servicio a un trabajador, situación última que a las luces del artículo 405 del C.S.T., debía acreditar el ente aquí demandado a través del trámite especial respectivo, antes de proceder a emitir la actuación administrativa contenida en la Resolución número 21.2.22-295 del 22 de junio de 2022, por medio del cual declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, a partir del 22 de junio de 2022.

Debe además resaltarse que al momento de la constitución de la organización sindical SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”, en la que la demandante además de ser fundadora de la misma, hace parte de su Junta Directiva como Tesorera, ninguna objeción alegó el ente hoy llamado a juicio a través de los mecanismos legales para ello, para oponerse a la legalidad de la fundación del sindicato en mención o a la calidad de aforada de la demandante, tanto es así que la misma demandada, recibió a conformidad la comunicación en la que SINEMCAVALLE le informó sobre su creación, amén de que fue la misma demandante quien como delegada de la negociación colectiva presentó el día 26 de febrero de 2021, ante el Ministerio de Trabajo y el Concejo Distrital de Santiago de Cali, el pliego de solicitudes unificado por 10 organizaciones sindicales en representación de los empleados públicos de ésta última Corporación. (fl. 31 – 46 expediente digital – Anexo1Demanda)



Dicho pliego unificado de solicitudes presentado por la demandante, fue objeto de revisión por parte de la Mesa Negociadora del Concejo Distrital de Santiago de Cali, en donde si bien se adelantaron negociaciones del mismo, únicamente se adoptó y aprobó con las organizaciones sindicales SINNASEPU y UNEPCA un Acuerdo Colectivo para la vigencia 2021 – 2023, puesto que los demás sindicatos entre ellos al que pertenece la señora RIVERA GALVIS – SINEMCAVALLE – no subsanaron algunas falencias encontradas en el mencionado pliego, empero según el mismo documento, se les permitió su participación en la discusión del mismo. (fl. 72 – 89 expediente digital – Anexo1Demanda)

Así las cosas, no existe duda de que la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS tiene la calidad de aforada sindical como fundadora y miembro de la Junta Directiva de la organización sindical SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”, no solo por haber cumplido a cabalidad los requisitos establecidos en los artículos 405 y 406 del CST, sino también por haber ejercido en forma activa su derecho a la negociación colectiva, pues fue ella quien como representante sindical, encabezó y dio inició a la negociación de las condiciones laborales de los demás empleados públicos del Ente demandado, bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la Ley.

Ahora bien, esa condición de aforada sindical de la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS no fue tomada en cuenta, ni mucho menos respetada por la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santiago de Cali, con su decisión administrativa de desvinculación de la demandante, pues a consideración de la mayoría de esta Sala de Decisión, existe una falsa motivación en dicho acto, en la medida que tal voluntad de la administración, está desconociendo sin explicación alguna, la realidad de la vinculación de la demandante, en un ejercicio bastante extraño de dejar sin efectos las designaciones como Auxiliar Administrativo II para ejercer sus funciones a órdenes del Concejal Milton Fabián Castrillón y, posteriormente, hasta el momento de su desvinculación en el cargo de Auxiliar Administrativo II, en el área de Recurso Físico del Concejo de Cali, según oficio del 02 de febrero del 2021, suscrito por la señora Inés Velásquez Castillo, Jefe de Recurso Físico, y producir un nuevo nombramiento en un cargo que ya no existe, como lo es de apoyo de la Concejal Clementina Vélez, para ahí si poder dar por terminado su nombramiento,



eventualidad en la cual la legalidad de dicha desvinculación debe someterse al escrutinio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no en esta especialidad.

Respecto al argumento planteado por el A quo, según el cual la demandante no tuvo nuevo nombramiento con posterioridad al 31 de diciembre de 2019, porque solo le fueron "asignadas nuevas funciones" desde el 14 de enero de 2020, supuestamente en virtud a la existencia del proceso anterior de levantamiento de fuero sindical y permiso para despedir ventilado ante esta jurisdicción, debe decirse que tal situación ni se ventiló en el anterior proceso, ni se planteó en éste por las partes, máxime si las pruebas documentales allegadas a la presente Litis demuestran lo contrario, esto es, que la demandante, a partir de esa data (14 de enero de 2020), con oficio No. 21.3-040 del 14 de enero del 2020, suscrito por la señora Valeria García Arias, Directora Administrativa, fue designada como Auxiliar Administrativo II para ejercer sus funciones a órdenes del Concejal Milton Fabián Castrillón, y, posteriormente, hasta el momento de su desvinculación en el cargo de Auxiliar Administrativo II, en el área de Recurso Físico del Concejo de Cali, según oficio del 02 de febrero del 2021, suscrito por la señora Inés Velásquez Castillo, Jefe de Recurso Físico, siendo la realidad que, la demanda para el levantamiento de fuero a que se hace referencia, fue impetrada por el ente aquí demandado sólo hasta el 20 de febrero de 2020, esto es, cuando ya la señora RIVERA GALVIS tenía más de un mes de estar ejerciendo el nuevo cargo, por lo que tal suposición del juez de primera instancia no tiene soporte probatorio alguno, constituyéndose tal aspecto en una verdadera vía de hecho.

Del mismo modo, debe aclarársele al operador judicial de primer grado, por parte de esta sala mayoritaria, que frente a su argumento final de su decisión en el que aseguró "*...entender que el Tribunal prohibió la desvinculación de la demandante que -se itera- presta sus servicios como empleada de libre nombramiento y remoción y que tiene una estabilidad precaria, y así es desnaturalizar la figura, y generar nombramientos cuasiprovisionales o permanentes en la administración municipal, contrariando el artículo 125 de la Constitución Política, que ordena que todos los cargos en nuestro país deben proveerse por concurso de méritos...*", dicha determinación estuvo legal y jurídicamente soportada en los problemas jurídicos planteados en dicha ocasión y en las



pruebas legal y oportunamente adosadas en aquel proceso y, que su deber legal es obedecer y cumplir las decisiones de sus superiores funcionales.

Así las cosas, habiéndose concluido entonces que la extrabajadora aquí demandante en efecto gozaba de las prerrogativas de aforada sindical previstas en el canon 405 del C.S.T., modificado por el artículo 1 del Decreto 204 de 1957, y que el ente aquí demandado, tenía que solicitar la correspondiente autorización para su desvinculación, sin que lo hubiese hecho, debe ordenarse el reintegro de la trabajadora demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mayor jerarquía, a partir del 22 de junio de 2022, calenda en que la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Santiago de Cali, a través de la Resolución número 21.2.22-295 del 22 de junio de 2022, declaró insubsistente a la demandante, y como consecuencia de lo anterior, debe ordenarse el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales causadas hasta el reintegro efectivo, junto con el correspondiente pago de los aportes al sistema de seguridad social integral a los respectivos entes, lo que fuerza a revocar la decisión de primer grado en su totalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P, dadas las resultas de la alzada, se condenará en costas en ambas instancias a la entidad demandada y a favor de la promotora de la acción. Fíjense en esta instancia como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:



PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia número 118 del 12 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad, objeto de apelación, para en su lugar:

1.- CONDENAR al **DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – CONCEJO DISTRITAL DE CALI** a **REINTEGRAR** a la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS, al cargo que desempeñaba al momento de la declaratoria de insubsistencia, el 22 de junio de 2022, Técnico administrativo II o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

2.- CONDENAR al **DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – CONCEJO DISTRITAL DE CALI** a cancelar a la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS, salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, causadas en el interregno de la desvinculación, debidamente indexadas, sin solución de continuidad para todos los efectos legales a partir de la fecha del despido, 22 de junio de 2022 hasta la fecha en que sea reintegrada.

3.- CONDENAR al **DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – CONCEJO DISTRITAL DE CALI** a cancelar a favor de la señora PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS, sus aportes a la seguridad social integral a los entes correspondientes.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a la entidad demandada y a favor de la promotora de la acción. Fíjense en esta instancia como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

FUERO SINDICAL – ACCION DE REINSTALACION
PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS
VS. DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO,
CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL
Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI
– CONCEJO DISTRITAL DE CALI
RAD. 76-001-31-05-019-2022-00140-01

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>) y a los correos de las partes.

ACCIONANTE: PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS
APODERADA: VIVIANA BERNAL GIRON
Correo: abogadabernalgiron24@gmail.com

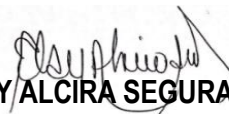
ACCIONADO: DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO,
CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE
SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI –
CONCEJO DISTRITAL DE CALI
Correo: notificacionesjudiciales@Cali.gov.co

APODERADO: JUAN RAFAEL GRANJA PAYAN
Correo: abogadoraphaelgranja@hotmail.com

SINDICATO: SINDICATO DE EMPLEADOS DE CALI Y VALLE “SINEMCAVALLE”

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Salvamento de Voto
Rad. 019-2022-00140-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

FUERO SINDICAL – ACCION DE REINSTALACION
PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS
VS. DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO,
CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL
Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI
– CONCEJO DISTRITAL DE CALI
RAD. 76-001-31-05-019-2022-00140-01



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

Proceso	Especial de fuero sindical. Acción de reinstalación
Demandante	Paola Andrea Rivera
Demandados	Distrito Especial Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali – Concejo Distrital de Cali
Trámite	Apelación de sentencia
Radicado	760013105019202200140-02

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso hacia las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito salvar el voto en el sentido que me aparto de la decisión, que revoca la sentencia No. 118 del 12 de septiembre de 2022, proferido por el Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Cali.

Sea lo primero precisar respecto del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, lo siguiente:

Debe precisar la sala que quien administra justicia tiene autonomía para interpretar la norma que más se ajuste al caso, para valorar las pruebas y para decidir el asunto con fundamento en las prescripciones legales y constitucionales pertinentes. La labor de interpretación, como consecuencia de la autonomía judicial que reconoce la Carta Política, permite que la comprensión que se llegue a tener de una misma norma por distintos operadores jurídicos sea diversa [...]

En efecto, así se ha reconocido en reiterada jurisprudencia constitucional, cuando una disposición o un problema jurídico admiten varias y diferentes interpretaciones y soluciones, la



selección que haga el fallador de una de ellas, siempre que sea el resultado de un juicio serio, prudente y motivado, no puede ser cuestionado [...] so pena de afectar la independencia y la autonomía judicial.¹

Precisado lo anterior, se aclara que, la suscrita Magistrada compartió el criterio que se expuso en la sentencia No. 415 del 25 de noviembre de 2021, mediante la cual se confirmó la negativa emitida por el Juzgado Décimo Laboral del este Circuito, el pasado 1° de junio de 2021, en el proceso de levantamiento de fuero sindical con radicación 76001310501020200008800, que adelantó el Municipio de Cali en contra de los trabajadores Carlos Daniel Sarria González, Paola Andrea Rivera Gálvez, Liliana Mercedes García Chalarca, Octavio De Jesús Guerrero Salazar y Martín Alonso Guerrero Salazar.

Sin embargo, a partir de la presente providencia y en virtud de los principios de independencia judicial y de igualdad, cambio el criterio que en su momento acompañé, para acogerme al razonamiento jurídico, según el cual, cuando el cargo que desempeña el trabajador es considerado de libre nombramiento y remoción, la estabilidad del empleo depende de un factor esencialmente subjetivo, porque implica una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones *intuitu personae*, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo.

Lo anterior cobra relevancia en casos como este, donde el nombramiento de la trabajadora tenía implícito su terminación, pues así quedó consagrado en la Resolución 21.2.22-072 del 1° de febrero de 2019, donde la designó como auxiliar administrativa II en la Unidad de Apoyo Normativo de la Concejal María Clementina Vélez Gálvez, para el periodo constitucional 2016-2019, por ende, estuvo condicionado a la finalización del tal período, situación que se corrobora además con lo dispuesto en el art. 52 del Acuerdo 220 de 2007 emanado del Concejo de Cali.

¹ Corte Suprema de Justicia, STP17083 de 2015.



Predicar lo contrario implicaría que ese cargo pueda convertirse en inamovible por la estabilidad laboral reforzada que ello implicaría, así mismo limitaría y desconocería la discrecionalidad del nominador, debido a que este no puede disponer del cargo según los criterios de confianza. Además, establecer una estabilidad laboral para estos trabajadores, incide de manera negativa el normal desarrollo de las corporaciones públicas como en el caso bajo estudio -Concejos Distritales-, porque se les estaría negando el derecho a conformar libremente las Unidades de Apoyo Normativo que acompaña la gestión pública de sus miembros, de paso, desconocería que la terminación del periodo constitucional de los concejales a los cuales estaban asignados, es justa causa para declarar la insubsistencia de los nombramientos.

Ciertamente, respecto de la declaratoria de insubsistencia, precisa esta togada que para este caso resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 1950 de 1973, que en su art. 107 consagra: *“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”*. Aunado a lo anterior el art. 109 ídem señala: *“La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora”*, de ahí que, reitero, exista una facultad discrecional de la autoridad nominadora para proveerlos, así como para remover a sus titulares.

Frente a la motivación de la providencia que desvincula al trabajador de libre nombramiento y remoción, precisó el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de marzo de 2018, radicación: 2743-16:

Es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.



[...]. La remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados”. (negritas y subrayados fuera del texto original).

En similares términos la Corte Constitucional de antaño ha sostenido que: *“La Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder”*².

Así las cosas, si la forma de terminación corresponde a una causa legal que no puede ser equiparada a un despido, huelga concluir que, no era necesario agotar el proceso de levantamiento del fuero sindical para terminar la relación legal y reglamentaria de la trabajadora que hace parte de la Unidad de Apoyo Normativo del Concejal.

En ese orden de ideas, y sin desconocer que los integrantes de las Unidades de Apoyo pueden ser nombrados para el periodo siguiente, previa postulación, lo cierto es que, en este caso tal situación no se dio, porque una vez concluyó el periodo 2016-2019, la Concejal que postuló a la demandante ante la mesa directiva para el cargo que venía desempeñando, no fue reelegida o no se postuló para el periodo 2020-2023, por ende, imposible resultaba tal postulación, como lo señala la norma citada.

Si bien, se evidencia que la demandante fue reubicada a partir del 14 de enero de 2020, para desempeñar funciones a órdenes del Concejal Milton Fabián Castrillón, tal situación no se dio en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 220 de 2007, ni modifica en modo alguno la vinculación de la demandante con el Concejo Distrital, a través de un cargo de libre

² Corte Constitucional, sentencia C-540 de 1998.



nombramiento y remoción por el periodo constitucional 2016-2019; si se tiene en cuenta que, no surgió un nuevo acto administrativo de nombramiento efectuado con posterioridad al 31 de diciembre de 2019.

Aunado a lo anterior, en sentir de esta Colegiada, las dos reubicaciones laborales de la demandante con posterioridad a la finalización del periodo constitucional ya citado surgieron ante la imposibilidad de poderla retirar del cargo, cuando finalizó este, dada la constitución del sindicato que se dio desde el 25 de noviembre de 2019, en el cual hacía parte de la junta directiva, y, por ende, gozaba de la protección foral.

Ahora, a mi juicio, no se puede pasar por alto los argumentos alegados por el ente territorial demandado relacionados con el presunto abuso del derecho de asociación sindical para evitar la desvinculación laboral, menos aún que, en este caso la constitución del sindicato Sinemcavalle al que pertenece la demandante se creó en el mes anterior al que fenecía el periodo para el cual fue nombrada, ciertamente el acta de constitución data del 25 de noviembre de 2019 y el nombramiento finiquitaba el 31 de diciembre de ese mismo año; además, cuando se advierte que tres integrantes de la junta directiva y dos suplentes de la organización sindical, laboraban en la misma Unidad de Apoyo Normativa de la Concejal Vélez Gálvez, de ahí que sus nombramientos corrían la misma suerte de la aquí demandante, información que se corrobora con la constancia del registro del acta de constitución de la organización sindical, con las sentencias proferidas en el proceso de levantamiento de fuero sindical, y con lo manifestado por la demandante en la versión que rindió.

Lo anterior, deja en evidencia que la constitución de la citada organización sindical tuvo como objetivo, procurar algún tipo de estabilidad laboral, por cuanto impedía la desvinculación laboral de por lo menos 5 trabajadores del Concejo de Santiago de Cali cuyo nombramiento estaba próximo a finiquitar, y no materializar el derecho fundamental a la libre asociación y sindicalización, resultando desde esta óptica nugatorio



el derecho de asociación establecido en el artículo 39 de Constitución Política.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-280 de 2017 señaló los eventos en los cuales se configura un abuso del derecho

Una persona comete abuso del derecho cuando:

- (i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico;*
- (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico;*
- (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su contenido esencial y a sus fines; y*
- (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen.*

Conforme a lo expuesto, es claro que la fundación de un sindicato producto de un ejercicio abusivo del derecho no es fuente de obligaciones, por ser un acto contrario a la Ley, sólo se está en este escenario de abuso cuando a pesar de haberse cumplido con las formalidades legales para la constitución del sindicato, la finalidad que se sigue por parte de quienes lo integran son distintas a un fin colectivo enmarcándose en un plano netamente subjetivo, el cual sólo se podrá demostrar a través de los hechos que giran en torno a la constitución de la organización.

Con lo hasta aquí expuesto no se está desconociendo la fuente principal en materia de derecho colectivo, como es la Constitución Nacional y los Convenios número 87, 98, 151 y 154 de la OIT, ni tampoco la protección que gozan los empleados públicos consagrada en el art. 4° del citado Convenio 151 adoptado por la legislación nacional mediante la Ley 411 de 1997, sin embargo, valga recordar que en tratándose de empleados públicos el derecho de negociación colectiva es restringido, y en todo caso, para esta togada se demostró que la finalización del vínculo de la demandante no surgió por su afiliación y participación en la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

FUERO SINDICAL – ACCION DE REINSTALACION
PAOLA ANDREA RIVERA GALVIS
VS. DISTRITO ESPECIAL DEPORTIVO,
CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL
Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI
– CONCEJO DISTRITAL DE CALI
RAD. 76-001-31-05-019-2022-00140-01

organización sindical, de ahí que, considero que no es desproporcionada ni reprochable la decisión del *a quo*.

En los razonamientos expuestos, dejo sentados los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria, en el mentado proceso.

Fecha ut supra

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada