

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto de mis compañeras de Sala, debó señalar que disiento de la conclusión adoptada al interior del presente proceso de fuero sindical -acción de reinstalación- que inició **ARIEL ALEXÁNDER DÍAZ ARDILA**, en contra del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO**, con la intervención del **SINDICATO DE TRABAJADORES PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS STPC NACIONAL**, con base en las consideraciones del proyecto inicialmente planteado así:

“...con la finalidad de resolver lo que corresponde, es importante resaltar que en esta instancia, se encuentran por fuera de discusión los siguientes presupuestos fácticos: i) Ariel Alexander Díaz Ardila, ha prestado sus servicios para el cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC desde el 12 de enero de 1994, en diferentes cargos, iniciando como guardián de prisiones código 5175 grado 02, en ocasiones ha sido encargado como comandante de vigilancia, pero el cargo de que es titular es el de capitán de prisiones código 4078 grado 18, en el grado de teniente, último que ha ejercido al menos durante 2020 y 2021 (archivos 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6). ii) El referido, fue designado como vicepresidente del Sindicato de Trabajadora Penitenciarios y Carcelarios -STPC- seccional Medellín, el 27 de octubre de 2017, lo que fue notificado al INPEC (pág. 26 y 27 archivo 1.1); iii) El convocado a juicio, a través de la Resolución 004067 del 9 de septiembre de 2020, dispuso por necesidad del servicio, el traslado del actor del centro carcelario Pedregal, ubicado en Medellín, al centro penitenciario de Barranquilla, como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia de la entidad (pág. 34 del archivo 1.1); iv) Contra esa determinación se interpusieron los recursos de ley, sin éxito alguno, pese a que el actor alegó su calidad de aforado, porque en sentir de la pasiva, el cargo que ocupa es dirección y administración.

Con la claridad que brindan tales elementos, el problema jurídico a desatar consiste en dilucidar, si el demandante es beneficiario del fuero sindical o no, por la naturaleza del cargo que desempeña, en caso afirmativo, si el INPEC, debe solicitar su levantamiento y la calificación al juez laboral, sobre la justa causa del traslado, previo a su materialización. Ello permitirá, resolver la censura, en los siguientes tópicos: 1) si en la sentencia de primera instancia se incurrió en una violación de la ley sustancial al inaplicar la excepción del parágrafo 1º del artículo 406 del CST; y 2) si en primer grado se dejó de valorar o se apreció erróneamente, el

material probatorio, respecto de la naturaleza del cargo ocupado por el demandante.

Pues bien, conforme a los artículos 405 y siguientes del CST, el fuero sindical es una garantía que evita los despidos, desmejoras de condiciones laborales, o traslados sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo, de ciertos trabajadores que en algunos eventos representan a las organizaciones colectivas, entre ellos, a los que sean miembros de la junta directiva o subdirectiva del sindicato. Esta prerrogativa, también ampara a los servidores públicos, siempre y cuando no ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

Las características de los cargos de dirección o administración, fueron condensadas en la providencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, clásica en esta materia, del 1º de junio de 1954, Rev. D del T. Nº 105, pág.81, en la que se dijo:

“los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajo ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impuso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias, y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador... c) obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinado poder discrecional de auto decisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último termino, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo de intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados...”

En razón de lo anterior, es que se justifica la excepción de que trata el parágrafo del artículo 406 del CST, dado que si quienes desempeñan cargos de dirección o administración, representan al empleador y lo obligan frente a los demás trabajadores, surge para

ellos incompatibilidad para también ejercer funciones de representación de los mismos empleados, en el desempeño de cargos directivos o sub-directivos de los sindicatos.

Con base en esos presupuestos legales y jurisprudenciales, se retoma el caso concreto, encontrando que el INPEC dispuso el traslado del demandante a otra sede o municipio, a través de la Resolución 004067 del 9 de septiembre de 2020, momento para el cual, desempeñaba y en la actualidad es así, el cargo de capitán de prisiones código 4078 grado 18, en el grado de teniente, esto pese a que se reconoce que aquél fue designado como vicepresidente del Sindicato STPC Nacional.

Sobre la naturaleza y funciones de dicho cargo, se encuentran los Decretos 407 de 1994 y 770 de 2005; y el manual de funciones (Resolución 4124 de 2019).

El artículo 10 del primer decreto, clasifica los empleos dentro del INPEC, según su naturaleza y provisión en: de libre nombramiento y remoción y de carrera. En la primer categoría se encuentran los cargos de Director General del INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, (Jefes de División), Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial; y en la segunda, todos los demás. El artículo 76 ibídem, establece que el personal de carrera del INPEC, se clasifica en dos grupos: a) Personal administrativo y b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional. Estos últimos, (art 113) cumplen con un servicio esencial del Estado; son un personal uniformado, jerarquizado, con régimen y disciplina especiales, cuya misión es mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías consagradas en la Constitución Política, en pactos, tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia y en general asegurar el normal desarrollo de las actividades en los centros de reclusión. Y según el artículo 118, los deberes de todos los trabajadores de ese cuerpo de custodia, son:

- Velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;*
- Cumplir las órdenes impartidas por las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC;*
- Servir como auxiliares en las labores de trabajo y educación de los internos, y en general, en su resocialización;*

- *Cumplir las funciones de seguridad y policía judicial en los términos señalados por la ley;*
- *Cumplir las órdenes y requerimientos de las autoridades judiciales, con respecto a los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios;*
- *Observar una conducta seria y digna;*
- *Cooperar con la Dirección en todo lo que tienda a la resocialización de los reclusos, suministrando los informes que estime conveniente para esta finalidad;*
- *Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso a la vigilancia visual;*
- *Requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados, sus celdas y sitios de trabajo conforme al reglamento;*
- *Custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y conversaciones o relaciones de ellos con los extraños, exceptuando los casos previstos en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Reglamento General;*
- *Realizar los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los centros de reclusión; tomar parte en las ceremonias internas o públicas para realce de la institución; asistir a las conferencias y clases que eleven su preparación general o la específica penitenciaria;*
- *Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario;*
- *Ejecutar las demás funciones relacionadas con el cargo, asignadas por la ley o reglamento;*
- *Entregar el uniforme, insignias y demás elementos a su cargo al almacén general del establecimiento carcelario respectivo, una vez retirado del servicio o cuando sea suspendido de sus funciones y atribuciones legalmente, respondiendo por aquellos que falten para podersele expedir el respectivo paz y salvo;*
- *Garantizar la prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del Instituto; Y*
- *Velar por el estricto cumplimiento del Régimen Penitenciario y Carcelario, Reglamento General e Interno, Planes de Seguridad y de defensa y en general de todas aquellas disposiciones que garanticen los objetivos de la justicia, y la misión y los objetivos penitenciarios y carcelarios.*

Por su parte, el artículo 3 del Decreto Ley 770 de 2005, categoriza los empleos públicos en niveles jerárquicos con diferentes funciones generales, así:

“Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos. ***Nivel Asesor.*** Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional. ***Nivel Profesional.*** Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales. ***Nivel Técnico.*** Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología. ***Nivel Asistencial.*** Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución”.

Precisamente, en este último nivel se ubica el cargo de CAPITÁN DE PRISIONES, según el manual de funciones antes referido (como se aprecia en la página 314 del archivo digital 4.3), en ese compendio, se determinó como propósito principal del cargo estructurar y orientar los servicios de orden, seguridad y disciplina en los establecimientos de reclusión y garantizar el normal desarrollo de sus actividades, en el marco de la normatividad vigente, las políticas institucionales y los derechos humanos. Incluyéndose en el acápite “descripción de las funciones esenciales”, las siguientes:

- 1. Estructurar y orientar los servicios de orden, seguridad y disciplina de los ERON, de conformidad con la normatividad vigente, las políticas institucionales y los derechos humanos.*
- 2. Implementar los planes y programas en materia de seguridad atención y tratamiento acorde a la normatividad vigente y lineamientos institucionales.*
- 3. Implementar los planes, programas, proyectos y procedimientos de administración, organización y seguridad penitenciaria y carcelaria, conforme a la normatividad aplicable.*
- 4. Proyectar y proponer los planes de defensa, estudios de seguridad, programas de orden logístico y táctico, que garanticen la prestación del servicio de custodia y vigilancia en los establecimientos de reclusión, direcciones regionales o escuela de Formación.*

5. Realizar los estudios y requerimientos de necesidades y condiciones de instalaciones, equipos, bienes, material de intendencia personal y demás elementos necesarios para el cumplimiento de la misión institucional

6. Planear y orientar los operativos, requisas, esquemas de seguridad, monitoreo, traslado de PPL, de manera permanente garantizando la correcta ejecución de los procedimientos vigentes

7. Asignar y controlar los servicios de seguridad que permitan el desarrollo de las actividades, planes, programas y/o proyectos de atención básica y tratamiento penitenciario de los PPL, conforme a los cronogramas, lineamientos institucionales y la normatividad aplicable.

8. Socializar y orientar al personal del cuerpo de custodia y vigilancia en la ejecución de los planes, programas, proyectos y procedimientos del proceso de seguridad, solución de conflictos y demás requeridos para el correcto funcionamiento, de conformidad con los lineamientos institucionales y normatividad aplicable

9. Organizar las actividades que demanden los servicios de seguridad, garantizando las metas de seguridad penitenciaria, acorde a los reglamentos y procedimientos.

10. Elaborar y orientar los operativos y esquemas de seguridad, requisas, ingreso de salida del establecimiento de reclusión, monitoreo electrónico, conducción y traslados de las personas privadas de la libertad a cargo del instituto, garantizando la correcta ejecución de los procesos y procedimientos vigentes

11. Atender las peticiones, quejas, reclamos, sugerencias y denuncias, relacionadas con asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los estándares y directrices de gestión documental, así como los insumos o documentos requeridos, para las respuestas de las órdenes de las autoridades judiciales y entes de control

12. Mantener actualizada la información en los sistemas, aplicativos u otros medios tecnológicos, de su competencia, de acuerdo con los estándares de seguridad y privacidad de la información

13. Asistir u las reuniones de los consejos, juntas, comités, y demás cuerpos, según las instrucciones impartidas por el jefe inmediato.

14. Promover la estructuración, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes, programas, proyectos y políticas propias de su dependencia.

15. Propender por el cumplimiento de los requisitos del sistema de gestión integrado, sistema de gestión de la calidad, y modelo estándar de control interno, – MECI de la entidad, asegurando el cumplimiento y aplicación permanente.

16. Las demás funciones, que le sean asignadas por la ley o reglamento, y que corresponda a la naturaleza de la dependencia.

De la lectura detallada de tales funciones, se infiere sin lugar a dudas que en el cargo que desempeña el demandante no se incluye ninguna relativa a representar a su empleador frente a sus demás compañeros de trabajo, es decir que su cargo no se trata de uno de dirección o administración, él no cuenta con facultades disciplinarias, no se le permite nombrar o disponer del personal para trasladarlo a otro lugar, o asignarle funciones diferentes; tampoco es él quien se encarga de disponer o administrar del presupuesto de la entidad en la forma en cómo se distribuye o remunera a los empleados, bien de carrera ora de libre nombramiento y remoción; tampoco en su haber se encuentra la responsabilidad de destituir funcionarios, y mucho menos su actuar en ese sentido, podría obligar al INPEC, por eso se encuentra en el nivel asistencial, piénsese en que el demandante por ejemplo, firmara una resolución nombrando en el cargo de comandante de vigilancia a uno de sus compañeros, dicho acto administrativo no obligaría al establecimiento público, pues tal función le compete al Director Regional Noroeste, como se aprecia en los diferentes actos a través de los cuales se encargó a Díaz Ardila el desempeño temporal de esa posición.

La descrita aserción, se confirma con lo narrado por el único testigo traído al juicio, Tulio German González, quien se desempeña como Subdirector del Establecimiento Carcelario el Pedregal, aquél narró que el demandante ocupa un cargo que se encuentra en la parte alta de la jerarquía del cuerpo de custodia, no tiene funciones de nombramiento, remoción, ni siquiera puede adelantar una investigación disciplinaria o sancionar a un compañero de trabajo, solo se le exige el deber de informar sobre posibles conductas disciplinarias. En algún momento, tuvo personal a cargo, pero en la actualidad se encuentra ejerciendo funciones de asesor del Comando de Vigilancia.

En esa línea, los elementos persuasivos arrimados al plenario, no permiten determinar que el actor sea excluido de la garantía de fuero sindical al ser vicepresidente del sindicato, al contrario, lo que logra evidenciarse es que sí es titular de tal beneficio, pues no ejerce un cargo de dirección o administración dentro del INPEC, esto, pese a que el artículo 127 del Decreto 407 de 1994, establezca grados y categorías para los que pertenecen al cuerpo de custodia, situación que lógicamente se instituye porque para el cumplimiento de la función a ellos asignada, se precisa de una cadena de mando, propia de las milicias, pero en nada pone de presente las características de los cargos de dirección y administración institucional, como se describió en párrafos anteriores a partir de la jurisprudencia.

Así las cosas, los argumentos de la apelación resultan infundados, claramente la sentencia de primera instancia no: 1) violó la ley

sustancial, pues al encontrar la naturaleza del cargo, estableció que el párrafo del artículo 406 del CST, no gobernaba la situación del actor, como efectivamente se corroboró en esta instancia. El argumento relativo a que el cargo de capitán de prisiones sí es de dirección y administración por lo conceptuado el 5 de junio 2008, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se desestima, en tanto esa naturaleza debía acreditarse al interior del plenario, y así no se logró, y por otro lado, los conceptos del órgano en mención, no son vinculantes y tienen un carácter no jurisdiccional, lo que se deduce de los artículos 237 numeral 3 de la C.P, 38 numeral 1º de la Ley 270 de 1996, y 112 del CPACA. Y 2) no valoró inadecuadamente la prueba, en efecto, los documentos de la historia laboral del actor, dan cuenta de que el cargo ocupado en la actualidad, y para el momento en que se dispuso su traslado, es el de capitán de prisiones, y no otro, pese a que en algunas épocas hubiese sido encargado como comandante de vigilancia o en otros cargos, de hecho, el traslado ordenado por el INPEC, se hace en el marco de la organización de los empleados que pertenecen al cuerpo de custodia y vigilancia.

En suma de todo lo dicho, la decisión recurrida se ajusta a derecho y a las pruebas regular y oportunamente aportadas, y la orden dispuesta en ella se encuentra acorde con el contenido del inciso 3º del artículo 408 del CST, según el cual, cuando se aprecie que el traslado de un aforado se hizo sin la calificación previa del juez laboral sobre la justa causa "... se ordenará la restitución del trabajador aforado al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo...", en este contexto, se confirmará la sentencia materia de apelación.

Si se hubiese optado por la postura que aquí se propone, la decisión hubiere sido la de CONFIRMAR en su integridad el fallo venido en apelación.

Con toda consideración, el Magistrado,


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES