

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO DE FUERO SINDICAL –PERMISO PARA DESPEDIR- PROMOVIDO POR EMPRESA MUNICIPAL DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE FUNZA EMAAF ESP CONTRA JOSÉ BERNARDO CORTES QUECANO. Radicación No. 25286-31-03-001-**2018-00778**-01

Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Según lo previsto en el artículo 117 del CPTSS, modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001, procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial del demandado contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado Civil del Circuito de Funza, mediante la cual autorizó el levantamiento del fuero sindical para la terminación de su contrato de trabajo.

Prevía deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** La entidad demandante, el 30 de agosto de 2018, a través de su apoderado judicial promueve el presente proceso especial con el fin de que se disponga el levantamiento del fuero sindical del demandado, como quiera que existe una justa causa para su destitución e inhabilidad general.
- 2.** Como fundamentos de sus pretensiones manifiesta que el demandado suscribió contrato individual de trabajo, el 16 de enero de 1996, con la entidad para desempeñar el cargo de operario fontanero de acueducto; que el empleado se encuentra afiliado a la organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Alcantarillado y Aseo de Funza - SINTRAEMAAF,- ejerciendo el cargo de vicepresidente de la junta directiva de dicha organización; agrega que la EMAAF ESP es una Empresa Industrial y Comercial del Estado y por lo tanto el demandado es un trabajador oficial, y se encuentra sometido al control disciplinario establecido por la Ley 734 de 2002; en ese orden de ideas, indica que procedió con una diligencia disciplinaria en contra del accionado, y que el hecho generador de dicha actuación fue un derecho de petición presentado el 27 de abril de 2017 por el

usuario Edgar Fernando Rodríguez Sandoval, informando acerca de una conexión fraudulenta de acueducto realizada por el trabajador demandado cuando fue arrendatario del predio ubicado en la calle 3 A No. 8-19 y calle 9 No 3 A – 45 del municipio de Funza desde el 2002 hasta finales del año 2017; relata que el 23 de mayo de 2017 la subgerente Administrativa y Financiera de la EMAAF ESP ordenó la apertura de indagación preliminar en la cual se ordenaron varias pruebas y el 25 de julio de 2017 se determinó la apertura de la investigación disciplinaria contra el accionado, se decretaron nuevas pruebas y se formuló pliego de cargos endilgando una falta gravísima; que luego de tal investigación exhaustiva y de la práctica de múltiples pruebas, el 15 de mayo de 2018, la Subgerencia Administrativa y Financiera profirió fallo sancionatorio ordenando la destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, con el argumento de que el señor José Bernardo era el único que mantenía la exclusividad sobre el bien inmueble ya referenciado, y por lo mismo se apropió del fluido (agua) de manera clandestina durante varios años, para lo cual realizó una conexión ilegal a la red principal del acueducto; informa que dicha decisión fue recurrida en apelación, pero la Gerencia General de la EMAAF E.S.P., el 6 de julio de 2018 resolvió confirmar el fallo de primera instancia, notificando tal decisión el día 11 de julio de 2018; y así se configuró para la demandada la justa causa para terminar el contrato de trabajo.

3. El Juzgado Civil del Circuito de Funza mediante auto del 10 de septiembre de 2018 admitió la demanda y ordenó notificar al demandado y al Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Funza - SINTRAEMAAF- (fl. 61 digital), surtiéndose el respectivo procedimiento de notificación al demandado el 8 de noviembre siguiente y al sindicato el 4 de septiembre de 2019 fls. 63 y ss digital.
4. Mediante auto del 18 de noviembre de 2019, la juez de conocimiento señaló como fecha para la celebración de la audiencia pública especial de que trata el artículo 114 del CPTSS, el 9 de marzo de 2020 a las 2:30 pm (fl. 78 digital), la que se adelantó con normalidad y luego se suspendió para continuarla el 6 de julio siguiente (fl. 136 digital), que fue reprogramada para el 5 de agosto de 2020, la misma se llevó a cabo en esta oportunidad, se cerró el debate probatorio y se fijó nueva fecha para audiencia el 11 de agosto de 2020 (fl. 139 digital), pero esta se tuvo que reprogramar y se adelantó hasta el 31 de agosto de 2020 en esta última data se escucharon los alegatos de conclusión y se señaló el 3 de septiembre de 2020 para dictar el fallo correspondiente (fl. 149 digital).

- 5.** El demandado el 9 de marzo del 2020 en audiencia a través de su apoderada judicial se opuso a la pretensión de la demanda considerando: “...1. *No se aplicó el procedimiento para comprobación de las faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias indicadas en el reglamento de trabajo. Al no considerar que el investigado ostenta la calidad de trabajador oficial, no se dio aplicación al principio de favorabilidad, y por ende que el señor JOSÉ BERNARDO CORTÉS QUECAN, está sujeto a las disposiciones del contrato de trabajo y el Reglamento Interno de Trabajo...* 2. *Violación al debido proceso, al no ser oído el trabajador que es sindicalizado con dos representantes de la organización sindical a que pertenece...* 3. *Inexistencia de justa causa para dar por terminado el contrato laboral y por ende el levantamiento del fuero sindical...* 4. *Falta de autorización del Ministerio de Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo...* Como consecuencia la demanda contra mi prohijado carece de fundamentos fácticos y jurídicos, por ello solicito se DESESTIMEN y se condene a la demandante en costas...” En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de justa causa para dar por terminado el contrato laboral y por ende el levantamiento del fuero sindical; inexistencia de adecuación de la presunta falta y su sanción; desconocimiento del procedimiento para la comprobación de las faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias indicadas en el reglamento de trabajo; violación a la estabilidad laboral reforzada por persona en situación de discapacidad; prescripción; genérica coadyuvado por el sindicato vinculado SINTRAEMAAF.
- 6.** La demanda se tuvo por contestada en oralidad en la audiencia del 9 de marzo de 2020, señalada para esos fines.
- 7.** La Juez Civil del Circuito de Funza mediante sentencia del 3 de septiembre del 2020 declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada ya señaladas en párrafo que antecede; en consecuencia, concedió el levantamiento del fuero sindical a la demandante para poder despedir señor José Bernardo Cortes Quecano, condenándolo en costas y señaló como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV (fl. 126-127).
- 8.** Inconforme con lo decidido, el demandado apeló así: “De manera muy respetuosa me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta audiencia y a efectos de que el Tribunal de Cundinamarca se sirva revocar en su totalidad el fallo proferido el día de hoy con fundamento en los siguientes argumentos que procedo a señalar; el primero de ello y de los cuales no existe o no comparto, las razones indicadas por la juez civil circuito de Funza se basa básicamente en que efectivamente contrario a lo que la juez indica, en primera instancia, en ese asunto siempre se ha debatido desde un inicio, desde la contestación a la demanda y no se ha desconocido que el aquí demandado cuenta con su calidad de servidor público y como servidor público, porque viene vinculado a la entidad a través de un contrato laboral de trabajo, motivo por el cual el mismo contrato laboral de trabajo señala en sus cláusulas que no solamente está supeditado la Ley 734 del año 2002, sino que además también

está supeditado a los procedimientos protocolos y regulaciones contempladas en el reglamento interno de trabajo, motivo por el cual debe existir una armonía entre la aplicación de la de la Ley 734 del 2002 con los procedimientos especiales regulados con el reglamento de trabajo, en ese orden de ideas, **insisto a los honorables magistrados del tribunal que se revoque este fallo impartido dado que en el sentir de la aquí interviniente si se violaron de manera directa los derechos fundamentales de defensa contradicción y debido proceso, sobre todo al no regularse o no supeditarse la investigación disciplinaria en contra del señor José Bernardo Quejona (sic) en armonía con la disposiciones procesales contempladas en el reglamento interno de trabajo,** recordemos como siempre lo he insistido que este reglamento interno de trabajo indica en sus artículos 49 y 50 que previo a darse una sanción en contra de un trabajador oficial debe esta persona o este investigado estar acompañado o asistido de dos representantes del sindicato a la que el pertenece como bien lo ha señalado la juez en primera instancia, donde efectivamente se ha indicado y eso no es tema de discusión el fuero sindical como vicepresidente del sindicato SINTRAEMAAF, por la misma situación y por esa situación especial debe garantizársele a mi cliente y también los derechos de asociación al sindicato que también aquí represento, los derechos de asociación que se ven plasmados y materializados precisamente con la regulación del reglamento interno de trabajo que es del cual aquí se está exigiendo se cumpla a cabalidad, en efecto este artículo señala que además que cuando no se dan ni notificación ni información y no se da o se produce una sanción disciplinaria violando este procedimiento, no va a producir efecto alguno a alguna sanción disciplinaria, en ese orden de ideas la entidad o el aquí demandante, la entidad EMAAF no vinculó, notificó, informó al sindicato de esta investigación, razón por la cual reitero al honorable tribunal que se sirva revocar este fallo, porque efectivamente se puede observar que no hay una armonía entre este reglamento o este procedimiento de comprobación de falta señaladas en el reglamento con la Ley 734 del año 2012 que debe garantizarse en este juicio, aún más cuando estamos hablando de una persona y estamos discutiendo precisamente un tema de asociación y un tema especial de fuero sindical, en ese orden de ideas es importante resaltar este aspecto de tipo procesal es relevante para la decisión que en mi sentir debía denegarse todas y cada una de las pretensiones de esta demanda, pero más allá del aspecto procesal que siempre se ha enfatizado desde el inicio y esa violación a esa norma procesal, **en gracia de discusión y aplicación de la Ley 734 de 2002 debe indicarse que efectivamente en este proceso se está iniciando una investigación por una supuesta conexión fraudulenta de agua, pero en este proceso, tanto en el proceso disciplinario, o en el proceso judicial que aquí se está finalizando puede observarse que efectivamente no existió contrario a lo indicado por la sentencia de primera instancia, no existió prueba alguna que indicara de manera clara, precisa fehaciente, que mis representados señor José Bernardo Cortes realizara o materializara directamente él, la conexión fraudulenta de agua, contrario a lo indicado por la juez de primera instancia, la tipificación del delito no solamente debe basarse en que hubo una apropiación, sino que se debe quedar claro en este tipo procesos, en este proceso laboral, que persona fue la que efectivamente realizó esa apropiación de la que habla la juez en la sentencia de primera instancia,** porque la juez de primera instancia dice que solamente basta con que exista una apropiación, pero difiero de ello, además de que exista una supuesta apropiación en este caso de un líquido, debe indicarse y debe comprobarse que persona, ya sea natural o jurídica, en este

caso una persona natural fue la que efectivamente se apropió, pero como se puede observar, en el presente caso no existe una prueba que pueda indicar que el señor Jose Bernardo realmente se apropió del líquido de manera fraudulenta y que este hecho dé lugar a la tipificación del delito penal consagrado en el art. 256 defraudación de líquido, cuando por el contrario existen pruebas documentales y pruebas testimoniales de que efectivamente el señor Jose Bernardo, no infligió en ningún tipo de disposición de tipo legal y menos de tipo penal, en ese orden de ideas es importante también resaltar que la juez de primera instancia, solo valoró dos testigos de los tres testigos que fueron tomados en este proceso, si observamos la sentencia y la parte motiva, la dra solamente valoró la prueba testimonial del señor Víctor Manuel Sánchez Celi y el señor Juan Carlos Arévalo, pero **dejó de un lado la valoración objetiva del señor Leonel López, esta prueba testimonial nada se indicó en el fallo de primera instancia y también fue de gran importancia, dado que esa prueba testimonial o la declaración rendida por el señor Leonel López indicó de manera bajo la gravedad de juramento que era el durante muchos años quien transportó en su propio vehículo, el líquido el agua desde un lugar hasta el inmueble objeto de esta investigación**, motivo por el cual contrario a lo señalado en sentencia de primera instancia existe una prueba clara contundente que efectivamente mi cliente no tomaba el agua de este propio inmueble y a la manifestación que se señala en la sentencia de primera instancia de la supuesta confesión que hace el señor Jose Bernardo que el tomaba el líquido de un aljibe, efectivamente esta declaración guarda relación a lo indicado inclusive en el mismo contrato de arrendamiento indicado por el mismo quejoso Edgar Fernando Rodríguez Sandoval, con la manifestación del señor Jose Bernardo donde efectivamente estaba claro que había un aljibe; ahora bien la juez de primera instancia indica que no se probó que efectivamente existiera tal Aljibe o tal fuente para suministrar el agua, pero contrario a ello, existe si prueba documental, como es el mismo contrato, **como es la misma declaración bajo juramento que realizó el señor Edgar Fernando Rodríguez Sandoval donde manifestó que su señor padre que ya falleció en su oportunidad tomaba liquido de un aljibe que si tenía claro la existencia de este aljibe**, pero más allá de ello también supeditada en la sentencia de primera instancia que el aquí demandado el señor Jose Fernando en audiencia que se surtió vía virtual, se le puso en conocimiento una fotografía no la reconoció, pero debe entender tanto el despacho en primera instancia, como los honorables magistrados del Tribunal que el no reconocer no quiere decir aceptación, o se esté negando a verificar cual es el lugar, a la cual la señora juez le estaba pidiendo identificar en su oportunidad su pregunta, dado que por estas circunstancias virtuales va ser muy difícil para el señor Jose Bernardo identificar inclusive no reconoció ni siquiera el inmueble porque efectivamente como el lo manifestó y como el mismo señor Edgar Fernando manifestó, este inmueble fue totalmente modificado y estamos hablando que entregó ese inmueble hace más de dos años y a la fecha de hoy era apenas lógico que no pudiese reconocer la ubicación el contexto del inmueble, había podido solicitar, en ese orden de ideas si había algún tipo de duda, una prueba pericial efectivamente para aclarar algún tipo de duda, pero no podemos decir que por la presencia de un registro fotográfico, que no se pudo encontrar este lugar; **también es importante resaltar al honorable tribunal que no se valoró que no existe un concepto técnico que pueda identificar plenamente que el aquí demandado fue la persona que realmente supuestamente realizó esta conexión fraudulenta de agua, uno; le pido de manera muy respetuosa al tribunal que evalúen**

el único concepto que existe dentro del proceso disciplinario de donde se puede concluir que efectivamente el mismo concepto indica que no le queda claro, ni en qué fecha ni que persona pudo haber realizado esa supuesta conexión fraudulenta, en ese orden de ideas se aparta de un contexto lógico que pueda señalar a mi cliente como el responsable de una supuesta tipificación de un delito, por el simple y llano hecho de que este es el arrendatario de un inmueble del cual ni siquiera vivía por el contrario existían pruebas que no fueron valoradas de manera objetiva en primera instancia y tampoco se tuvieron en cuenta que indicaron que el suministro de ese líquido para los animales lo tomaba el aquí demandado de otro lugar diferente al inmueble al que aquí se está tratando, otro aspecto que también es muy importante valorar por parte de los honorables magistrados del Tribunal es que esa supuesta conexión que existía requería de una maquinaria y una adecuación mi cliente humanamente no había podido realizar, no se puede indicar que específicamente fue mi cliente, porque muy posiblemente esos tubos o conexión que se pudo verificar requería obviamente de una adecuación maquinaria lógica recurso físico que mi cliente efectivamente no disponía, obsérvese que el mismo, el señor Edgar Fernando Rodríguez que fue la persona que presentó el derecho de petición o la queja, confesó, en la pregunta que se le hizo, usted vio directamente que el señor Jose Bernardo (sic) tomaba conexión fraudulenta en agua, dijo NO, no me consta, nunca lo vio, en ese orden de ideas no veo que en primera instancia se haya valorado de manera objetiva todo y cada una de las pruebas y en el sentir de la parte que yo represento si existen pruebas fehacientes en los cuales puede deducirse que efectivamente en el presente caso no hay una comprobación de una justa causa para poder otorgar un levantamiento del fuero sindical; es importante también resaltar su señoría **como se puede ver en las fotos o en el registro fotográfico que solamente el hundimiento la profundidad que se hizo para encontrar esa conexión es de más de 70 metros, estamos hablando de una profundidad bastante amplia de la cual requiere unas herramientas que no puede, que ni siquiera disponía (sic) no pudo realizar mi prohijado y recordemos que el art. a la cual se le está señalando y diga que sea de manera clandestina,** aquí no hubo ningún ocultamiento, porque efectivamente no lo hubo, en ese orden de ideas observa la parte que represento que efectivamente aquí no se cumple con todos los parámetros y todas las adecuaciones para tipificar una defraudación de líquidos y menos aún si existiese que esta supuesta tipificación de este delito lo haya realizado mi prohijado; ahora bien en sentencia de primera instancia se indica que no está supeditado a una sentencia de orden penal, si bien es cierto como bien reconozco que ello es así, **también es cierto que debe considerarse los fundamentos y las circunstancias específicas por las cuales se culminó ese proceso de tipo penal** y efectivamente como la juez de primera instancia lo indicó, en la Fiscalía se indicó que no se pudo probar que existiera un perjuicio a un bien jurídico, motivo por el cual al no existir tal perjuicio se terminó este proceso de tipo penal, esta valoración debía ser estudiada y examinada en este tipo de proceso laboral dada la conexión que existe entre uno y otro, en ese orden de ideas es importante y resalto que difiero de las justificaciones o del análisis probatorio que se hizo en primera instancia por la juez civil circuito de Funza para otorgar un levantamiento de fuero sindical por una supuesta comprobación de una justa causa de la cual en sentir de la parte que defiende no existe o no se comprobó, o no se determinó de manera muy clara y específica razón por la cual le pido de manera muy respetuosa al tribunal que valore de manera muy concreta y de manera muy amplia mejor cada una de las pruebas que se otorgaron en este

proceso; también es importante reseñar que el único fundamento que yo puedo ver que en este proceso se puede extraer para justificar la sentencia de primera instancia, fue la valoración de unos testigos, testigos que efectivamente a la pregunta que se le realizó al señor Edgar Fernando Rodríguez Sandoval, ni siquiera conocía, ni siquiera sabía las circunstancias en la cual se llevaron estos testigos a un proceso disciplinario y no sabía aun si eran vecinos, si no lo eran, no podemos identificar realmente cualificar esta prueba testimonial que obra dentro del proceso disciplinario motivo por el cual considera la parte que represento, que no existe prueba alguna para poder levantar un fuero sindical y en ese orden de ideas, autorizar al aquí demandante un despido a un trabajador que se encuentra aforado y trabajador que lleva más de 20 años al servicio de la EMAAF del cual no se ha desprendido hasta la fecha, ningún tipo de llamado de atención siquiera o algún tipo de antecedente de tipo disciplinario; **es importante resaltar también, al tribunal que no se valoró que efectivamente en ese tipo de procesos por la tipificación de la conducta debe ser con ocasión del cargo, y efectivamente aquí no existe un nexo de causalidad entre lo que se está investigando con las funciones que realmente reseña o realiza mi prohijado,** la juez de primera instancia solamente se basó porque se tomó un líquido de un servicio público domiciliario como es el agua y mi prohijado trabaja en la EMAAF que es la empresa de servicios públicos domiciliario de agua del municipio de Funza, pero no existe en sí una conexión entre la supuesta violación de esta norma de tipo penal con la real funciones que desarrolla el aquí demandante, contrario a lo indicado en sentencia primera instancia sí existe de manera clara y precisa cuales eran las funciones concretas del aquí demandante, lo cual se pudo concluir que efectivamente mi representado no tenía dentro de sus funciones poder realizar algún tipo de excavación o algún tipo de instalación de los elementos que aquí se encontraron en el inmueble objeto de esta investigación; siendo importante resaltar que efectivamente también nada se dijo o no se reparó que efectivamente en este tipo de juicios y por la tipificación de la conducta, nada se dijo frente al tipo de la investigación o la responsabilidad que recaía también en los propietarios de este inmueble recordando además que sobre este inmueble también existía una parte de este inmueble estaba supeditado o estaba en exclusividad del arrendador, entonces en ese orden de ideas nada se investigó ni nada se reparó al respecto; siendo así importante resaltar que en mi sentir no existe una justa causa que haya sido comprobada para poder hacer en ese orden el levantamiento. **Por otra parte, también es importante resaltar que al contrario de lo señalado en primera instancia debe valorarse que el aquí demandante goza de una estabilidad laboral reforzada dado que como bien se puede acreditar dentro de la prueba documental, el aquí demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 13.80% debidamente calificado por un síndrome del manguito rotatorio izquierdo de origen laboral,** en ese orden de ideas se puede verificar que efectivamente no solamente debe valorarse esa situación, sino que además por su situación de salud era muy difícil para mi cliente poder materializar supuestamente la conducta que se le está reprochando presuntamente y de la cual aquí se le esta sancionando, pero más allá de ello también es importante resaltar que el aquí demandante cuenta con una pérdida de capacidad laboral que debe valorarse y evaluarse, además de entenderse que el señor José Bernardo Cortes actualmente está ad portas de obtener una pensión por vejez, además de una garantía de estabilidad laboral reforzada por motivos de salud, también por razón de edad cuenta con esta estabilidad, dado que está a menos de tres años

para adquirir su derecho pensional; y también por último difiero frente a la figura de la prescripción dado que como bien lo señala el art. 118 indica que esta prescripción opera cuando existe una presunta justa causa y en el cual la aquí demandante tuvo conocimiento, indica la norma, en ese orden de ideas si tuvo conocimiento el 20 de abril del 2017 y presentó su demanda solamente hasta agosto del 2018, encuentra la parte que aquí represento que la acción de fuero sindical se encuentra prescrita dado específicamente los preceptos señalados en el art. 118 numeral (sic) a relativo a que específicamente habla es cuando tuvo conocimiento de esta presunta justa causa; en ese orden de ideas de manera muy respetuosa le solicito a la juez de primera instancia, primero conceder el recurso de apelación, y de manera igualmente respetuosa al Tribunal se sirva revocar totalmente la sentencia proferida en esta instancia por todas y cada una de las razones esgrimidas y sobre todo que se valore de manera objetiva todas y cada una de las pruebas contenidas en este plenario su señoría...” (min 45:33 a hora 1:08:38).

9. El expediente digital fue recibido en este Tribunal el 28 de octubre de 2020, fecha en que se efectuó su radicación.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, a través de su apoderada judicial, al momento de interponer y sustentar su recurso de apelación ante la juez, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son los siguientes:

1. Determinar si existió una vulneración al debido proceso al terminarse la relación laboral del demandado sin que se adelantara el procedimiento señalado en el reglamento interno de trabajo, instituido para los casos de imposición de sanciones disciplinarias;
2. Establecer sí se configuró o no la justa causa indicada por la entidad demandante que motivó la destitución del trabajador oficial demandado, y por ende si era procedente ordenar el levantamiento del fuero sindical y conceder el permiso para despedirlo tal como lo hizo la juzgadora de instancia;
3. Analizar si en el sub lite es posible el estudio de los beneficios de la estabilidad laboral reforzada en razón al supuesto estado de salud del demandado, así como estudiar el fuero de pre-pensionado.
4. Si hay lugar o no a declarar la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

La juzgadora al exponer sus argumentos en la sentencia de primera instancia, en lo que nos interesa, consideró: “(...)en punto de la imputación que a la parte conllevó a la sanción disciplinaria, es importante tener en cuenta que fue producto de una ponderada sindéresis

probatoria, pues en efecto los elementos de juicio recaudados permitieron establecer que el señor José Bernardo Cortez Quecano desde el año 2004 hasta el 31 de enero del año 2017 detentó la tenencia del predio a título de arrendamiento, que desde esa época y de forma continua el predio fue destinado para la cría de ganado vacuno en cantidad aproximada de 5 a 6 vacas de leche y como vivienda de las personas que cuidan los semovientes, que el disciplinado frecuentaba casi a diario el predio y por tanto era de su conocimiento que el inmueble se abastecía de agua a través de una manguera conectada ilegalmente a las redes de la empresa de acueducto del municipio de Funza, tal como lo declararon Dora Angela Aldana Tuso y Graciela Sosatama Ramírez en su calidad de vecina, pero relevantemente las deponentes Trinidad Gualteros Poveda, Luz Fabiola Torres Abreo y Dina Luz Gualteros, quienes dijeron haber vivido en el inmueble en referencia y cuidado del ganado de propiedad del disciplinado aproximadamente para los años 2010 a 2012, en contraposición a ellos ni en las visitas realizadas al predio por la EMAAF, ni los testigos escuchados ni las fotos aportadas por la señora Graciela Susatana Ramírez, permitieron siquiera inferir ni mucho menos probar si quiera indirectamente que en el predio hubiese existido en cualquier época el aljibe o pozo artesanal de dónde el disciplinado dijo extraer el agua tanto para animales como para el consumo humano, así como tampoco los tanques de cada uno de los mil mililitros que dijo mantenía el lote y que llenaba cada 20 a 30 días para el aprovisionamiento de agua; en ese estado de cosas se tiene que la tipificación de la falta se encuentran en armonía no sólo con las pruebas legales oportunamente compendiadas, sino en el ordenamiento jurídico, pues si bien el despacho no encuentra probado fehacientemente que el señor Cortez Quecano hubiese realizado la derivación ilegal, tal hecho resulta irrelevante pues al tenor de lo previsto en el artículo 156 no se requiere perentoriamente de la realización de dicha conducta sino que basta con la apropiación del fluido mediante cualquier mecanismo clandestino, es decir no es realizar la derivación sino apropiarse del líquido en perjuicio precisamente de la compañía para la cual prestaba sus servicios; comportamientos que en el proceso disciplinario fueron ampliamente probado, conducta reprochable a la luz de la ley 734 del año 2002, pues igualmente se encuentra probado que el señor Cortés Quecano desde el año 1996 ostenta el cargo como fontanero operario adscrito a la EMAAF y que dentro de sus funciones y responsabilidades le correspondía inspeccionar, vigilar, verificar permanentemente el estado de funcionamiento de las redes equipos y estructuras para determinar filtraciones, fugas de agua, daños, desperdicios, conexiones fraudulentas y reportar al jefe inmediato a la anomalía detectada y ejecutar con prontitud las reparaciones correspondientes, es decir que su reprochable conducta se encuentra intrínsecamente ligada a sus deberes y por tanto se subsume en el tipo comportamental previsto en el artículo 23 ib. vigente para la época de los hechos, que en el tenor literal establecía constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente la incursión de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades impedimentos y conflicto de intereses sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contemplados en el artículo 28 del presente ordenamiento, es decir no se trata de un asunto particular sino que atañe al ejercicio de sus funciones lo que por contera convalida la competencia de la EMAAF para enjuiciarlo bajo la óptica disciplinaria; finalmente es preciso señalar que si bien la Fiscalía General de la Nación el día 17 de diciembre del año 2019 dispuso el archivo de la investigación por atipicidad

de la conducta, lo fue por cuanto la EMAAF en su calidad de denunciante no ostenta ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 71 del estatuto procesal penal falta de legitimación por parte de la EMAAF para formular la querella, y por otro lado por considerar que la conducta denunciada es antijurídica como quiera que nunca se puso en peligro el bien jurídicamente tutelado argumentos que si bien no comparte este despacho resultan irrelevantes por la doctrina y la jurisprudencia la materia no ha fijado como presupuesto para el resultado de investigación para su incursión como en falta disciplinaria la sujeción al resultado de una investigación penal, pues dada su autonomía e independencia basta verificar que la conducta que ha dado lugar al proceso esté descrita objetivamente o tipificada en la codificación penal, y seguidamente determinar si la conducta fue cometida con dolo o culpa tal como lo expresó la corte constitucional en sentencia C-720 del 2006 quién al efectuar el estudio del artículo 48 numeral 1° de la ley 734 de 2002 en virtud de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del citado artículo señaló que la autoridad disciplinaria tenía la facultad de sancionar a quien hubiere cometido una conducta descrita como delito sin que mediara una sentencia condenatoria en la jurisdicción penal, pues se trata de jurisdicciones autónomas e independientes que protegen derechos y persiguen fines diferentes; y en concepto de la Procuraduría General de la Nación estableció la diferencia en cuanto la naturaleza principios características y finalidad de los procesos penales disciplinarios pueden llevar a que en un mismo hecho se le condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona se le condene penalmente y se absuelva disciplinariamente a la persona, se la absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o se le absuelva penal y disciplinariamente sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio non bis in ídem, pues trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes; así las cosas es claro que en el sub examine se cumplieron a cabalidad los requisitos previstos en el artículo 142 del código disciplinario único, al establecerse más allá de toda duda razonable que contrario a sus deberes funcionales a ciencia y paciencia el disciplinado se apropió de un líquido de manera ilegal defraudando los intereses y patrimonio de su empleador y de sus asociados siendo mayormente reprochable si se tiene en cuenta que precisamente por virtud del manual de funciones se le encomendó una misión totalmente contraria a su comportamiento. Adicionalmente a esto las pruebas recaudadas dentro del plenario tampoco permitieron desvirtuar el análisis que se hizo frente al proceso disciplinario, ya que los testimonios que fueron recopilados a lo largo de este proceso no dejan en claro que efectivamente el demandado hubiese desconocido o no hubiese participado en la conexión o en la usurpación de las aguas fraudulentamente conectadas, los testimonios lo único que refieren es que las personas que ahí se presentaban que eran familiares y amigos del demandado iban esporádicamente, incluso muchos de ellos en su niñez y veían como el señor obtenía agua a través de otros medios, esto es la compraba a diferentes personas, o la obtenía a través de una manguera del vecino, sin embargo estas declaraciones no resultan en nada asertivas para el despacho y contravienen todo lo que fue recaudado dentro del juicio disciplinario que da fe por el contrario de que efectivamente el señor Cortez Quecano conocía de la existencia de la comisión fraudulenta y adicionalmente se aprovisionado ilegalmente del mencionado líquido; tampoco quedó claro dónde quedaba el supuesto aljibe como también se hizo el análisis en el proceso disciplinario incluso cuando se le preguntó al interrogado señor José Bernardo Cortez Quecano en su interrogatorio de parte que señalara en qué parte se encontraba este aljibe no supo dar noticia de él; tampoco las documentales permite

evidenciar la existencia de un pozo y por el contrario en ellas se evidencia que efectivamente nunca existió el mencionado pozo ni de la capacidad que el demandado decía obtener. Con base en los anteriores argumentos es claro para el despacho que está aprobada la justa causa para dar por finalizado el contrato de trabajo del trabajador demandado, pues fue sometido a todo un proceso disciplinario que es el que lo regula por ser este un servidor público, contrario a las afirmaciones que se hicieron en defensa del demandado es decir que debía sujetarse a la establecido en el reglamento interno de trabajo no puede perderse de vista que por tratarse un servidor público este está sujeto a la reglamentación especial contenida en el código único disciplinario y es a esta reglamentación a la que debía sujetarse la entidad demandante para adelantar todo juicio disciplinario en su contra, juicio que tenía por finalidad determinar la comisión de las faltas e imponer la correspondiente sanción, tampoco puede hablarse que hubo vulneración al debido proceso, el trabajador siempre estuvo respaldado por su abogado defensor quién participó dentro del juicio e incluso hizo uso de todos sus mecanismos de defensa hasta llegar incluso a apelar la decisión en primera instancia la cual culminó con la decisión ya conocida y que le fue notificada en junio del año 2018 donde se confirmó la sanción; por los anteriores argumentos encuentra este despacho que le asiste total razón a la parte demandante para solicitar el levantamiento de la garantía foral por haber incurrido el trabajador oficial en una justa causa para la terminación del contrato de trabajo ya que como resultado del juicio disciplinario se impuso las acción consistente en destitución del cargo e inhabilidad ya anotadas. Ahora bien, otro de los argumentos de la defensa de tendientes a derruir la demanda instaurada en contra de trabajador demandado tiene que ver con la oportunidad para la formulación de la demanda toda vez que la parte demandada considera que aquella no se hizo dentro de los dos meses establecidos en el artículo 118 A del CPT, recordemos que el artículo 118 Establece que las acciones que emanan del fuero sindical tienen un término de prescripción para el trabajador ese término se cuenta desde la fecha en que es desvinculado y para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa, sin embargo la jurisprudencia también ya reconocido que se terminó a que alude el artículo 118 en el caso del empleador o incluso en el caso del mismo trabajador debe contabilizarse no solamente en el momento en que tuvo conocimiento de la justa causa sino en el caso de los juicios disciplinarios a partir del momento en que queda en firme la decisión que finaliza dicho juicio, porque primero debe garantizársele al trabajador precisamente ese derecho de contradicción y defensa y máxime por tratarse un trabajador oficial que está sujeto a esa potestad disciplinaria debía primero el ente adelantar todo el juicio disciplinario para establecer si en realidad el trabajador había incurrido en una falta y si había lugar a la imposición de la sanción por lo tanto no podía pretenderse que el levantamiento se formulará dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento la entidad, es decir a la fecha en que fue formulada la queja por parte del señor Edgar Fernando Rodríguez, sino a partir de la ejecutoria de la decisión que pone fin al proceso disciplinario, pues es a partir de este momento en que se concluye que en efecto el trabajador si incurrió en esta justa causa y por lo tanto debe hacerse efectiva esa sanción; en el presente caso tenemos que de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso el proceso disciplinario concluyó con fallo de segunda instancia el cual fue proferido el día 6 de julio del año 2018 como dan fe las documentales visibles a folio 19 y 28 y en el expediente que fue allegado también al proceso, decisión que fue notificada al trabajador demandado el día 13 de julio del año 2018, por lo tanto el término de los dos meses

empezaba a contabilizarse a partir de esa data, revisado el expediente tenemos entonces que la empresa contaba o tenía plazo máximo para entablar la demanda hasta el día 13 de septiembre del año 2018 carga que cumplió, pues la demanda fue radicada del día 30 de agosto del año 2018 tal como da fe la documental visible a folio 42 del expediente donde consta la fecha de radicación 30 de agosto de 2018, hora 11:38 de la mañana, con radicado 20597, es decir que la primera carga que le correspondía a la empresa demandante se cumplió, pues radicó la demanda en tiempos; ahora si analizamos los términos generales del código general del proceso en cuanto a que el acto de presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción tenemos que esa carga también fue cumplida por la parte demandante recordemos que para que el acto de la presentación de la demanda interrumpa válidamente el término de prescripción debe notificarse la demanda al demandado dentro del año siguiente a la notificación de esta al demandante, tenemos que el demandante fue notificado del auto admisorio de la demanda mediante estado de fecha 11 de septiembre del año 2018 y el demandado fue notificado personalmente a través de su apoderada judicial el día 8 de noviembre del año 2018 es decir casi 2 meses posteriores a la notificación por estado del auto admisorio de la demanda, es decir que en la presentación de la demanda interrumpió válidamente el término de prescripción término que se considera interrumpido el día 30 de agosto del año 2018 y por lo tanto no puede hablarse de que se presentó la prescripción como causa de extinción de esta acción. Finalmente y en lo que acontece con otro de las defensas que se enfiló por parte de la demandada y que tienen que ver con una presunta existencia de estabilidad laboral reforzada este despacho debe advertir que estos no es un aspecto que le corresponda definir en esta instancia ya que el proceso especial de fuero sindical para levantamiento únicamente le corresponde al juez determinar en primer lugar la existencia de la garantía foral y en segundo lugar la existencia de la causal; hacer un pronunciamiento en ese sentido implicaría invadir una competencia que no le corresponde, estaría fallando dentro un proceso que no es el sujeto en esta clase de asuntos y estaría pues violando el principio de cosa juzgada estableciendo un punto, que como ya lo mencioné no es objeto de este proceso, por lo tanto aquí los únicos presupuestos que le correspondían a este despacho analizar, repito, son la existencia de la garantía foral, la existencia de una justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la legalidad de ese despido, y por último pues que la acción se hubiese formulado dentro del término legal; así las cosas considera este despacho que con base en el análisis expuestos anteriormente que no prospera ninguna de las excepciones que fueron propuestas por la parte demandada y en su lugar debe accederse a las pretensiones de la demanda condenando en costas a la parte demandada; en consecuencia se concederá el levantamiento de fuero sindical o permiso para despedir a la empresa municipal de acueducto alcantarillado y aseo de Funza para destituir al señor José Bernardo Cortez Quecano”

Para resolver el primer problema jurídico es necesario rememorar lo que tiene sentado nuestra corporación de cierre en estos temas, haciendo las siguientes precisiones:

La terminación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales de conformidad con lo establecido en los decretos que regulan la materia, o en el Código Sustantivo de trabajo para los particulares, no corresponde en estricto sentido a una decisión

de carácter sancionatorio, y en esa medida el empleador no está obligado en principio a adelantar un proceso o trámite disciplinario para rescindir el contrato, salvo que en ese mismo reglamento contemple lo contrario. De modo que para el finiquito de la relación basta con que se configure una causa justa o legal para que se encuentre justificada la determinación del empleador de prescindir de los servicios de su colaborador (Rad. 18823 del 25 de noviembre de 2002, entre otras).

Ahora, diferente es que el trabajador oficial, quien es un servidor público, incurra en conductas tipificadas como faltas disciplinarias, esto también configuran justas causas de terminación del contrato, pero en estos casos se debe someter a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, toda vez que el procedimiento previsto en esta, desplaza cualquier trámite establecido como previo para terminar el contrato por justa causa originada en el acaecimiento de una falta que de lugar a la terminación de la relación.

Es decir, que si a un trabajador oficial, luego del proceso disciplinario se le encuentra incurso en una falta que dé lugar a la destitución, procede la terminación de su contrato; como también, si incurre en una conducta calificada como justa causa de despido en la norma legal que reglamenta la situación de estos servidores, sin que en este último caso requiera agotar los trámites previstos en el Código Disciplinario ni en el reglamento interno de trabajo, a menos que la terminación del contrato esté consagrada en esta última norma como una sanción, tal como ya se explicó, pero es bueno precisar que se trata de dos tramites separados que en nada pueden confundirse.

Descendiendo al caso que se analiza, debe decirse que en el reglamento interno de trabajo de la empresa EMAAF no se encuentra estipulado que la terminación de la relación laboral es una sanción para los trabajadores oficiales, pues al dar lectura al capítulo XIII -escala de faltas y sanciones- arts. 48 a 50, no se advierte una estipulación normativa en ese tenor; y tampoco se excluye a los empleados oficiales de la aplicación del Código Disciplinario.

Acá lo sucedido fue que el 20 de abril de 2017 el señor Edgar Fernando Rodríguez Sandoval puso en conocimiento de la EMAAF la existencia de una conexión fraudulenta del servicio de agua en el predio identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1567597 ubicado en el municipio de Funza, barrio Serrezuelita, sector Porvenir, carrera 3 A No. 8-19 y calle 9 No 3ª - 45 de propiedad de los padres del denunciante, donde el aquí demandado fungió como arrendatario desde el año 2004; luego el 23 de mayo de 2017 la subgerencia administrativa y financiera de

la EMAAF dio apertura a la indagación preliminar y ordenó la práctica de sendas pruebas incluidas las testimoniales, versión libre del señor José Bernardo Cortes Quecano (16 de junio de 2017), así como la ampliación de la queja del señor Rodríguez Sandoval (16 de junio de 2017); vale la pena mencionar que el demandado estuvo acompañado durante todo el proceso disciplinario con un apoderado; el 25 de julio de 2017 se dio apertura a la investigación dentro del proceso disciplinario 2017-02; el 9 de octubre de 2017 cierran la investigación; el 17 de noviembre de 2017 emiten el pliego de cargos imputándole al actor la falta gravísima contemplada en el numeral 1º del art 48 de la Ley 734 de 2002: *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo...”* en concordancia con lo establecido en el art. 256 de la Ley 599 de 2000: *“El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes;”* el 23 de febrero de 2018 se corre traslado para alegatos de conclusión; el 25 de mayo la Subgerencia Administrativa y Financiera de la EMAAF emite el fallo sancionatorio destituyendo al demandado de su cargo e inhabilitándolo por el término de 10 años, pero para la efectividad de la sanción esta se condicionó a la autorización del juez laboral para el levantamiento del fuero sindical, así como la autorización del Ministerio de Trabajo debido a las sistemáticas incapacidades del accionado; el 23 de mayo de 2018 el apoderado judicial del demandado para aquel entonces presentó su apelación; el 28 de mayo del 2018 conceden la apelación; y la Gerencia General de la EMAAF el 6 de julio de 2018 emite el fallo de segunda instancia confirmando la de primer grado y el 11 de julio siguiente el accionado se notificó de dicha decisión. Todo esto se puede apreciar en la carpeta del proceso disciplinario 2017-02 que fue incorporada al proceso de manera digital y consta de 367 folios.

En ese orden de ideas como al trabajador oficial Cortés Quecano se le imputó una falta gravísima, bien hizo la demandante en optar por seguir el trámite previsto en el Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002-, y en esa medida no le asiste razón a la apoderada del trabajador cuando refiere que se vulneró el derecho al debido proceso del actor al no aplicar el reglamento interno de trabajo en la actuación previa a la terminación del contrato, pues no puede pensarse ni aun con el criterio más proteccionista que en estos casos deba implementarse una duplicidad de procedimientos, por cuanto siendo claro que el trámite disciplinario previsto en la citada ley es lo suficientemente garantista, basta con que se cumpla este, sin que el hecho de que no se haya citado a dos

representantes sindicales implique la afectación y nulidad del proceso, dado que se surtieron las etapas procesales y no se observa conculcación del derecho de defensa, pues la EMAAF E.S.P. fue respetuosa de los trámites, permitiendo el derecho de contradicción y defensa del accionado, es más, como ya se dijo, este último siempre estuvo respaldado por su apoderado judicial en todas las etapas del proceso, tan es así que el recurrente ninguna queja presenta en este sentido.

Y para la comprobación de la falta gravísima que sustenta la destitución del cargo del demandado, que en términos del derecho laboral bien se puede equiparar a una justa causa para la terminación del contrato, la accionante recopiló abundante prueba testimonial para arribar a esa determinación, lo que quiere decir que no se produjo por un simple antojo o capricho de la empleadora pues los resultados de la investigación fueron contundentes y sirvieron de base para la formulación del pliego de cargos y así establecer que el actor incurrió en la falta gravísima de realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, referido al hecho punible de defraudación de fluido. Vale la pena mencionar que de ninguna manera puede entenderse que ese delito se configura únicamente cuando la persona construye los elementos para la defraudación, pues el tipo penal se refiere a varias conductas y en su interpretación también es dable contemplar lo imputado al actor, toda vez que allí se consagra literalmente el término de apropiación del fluido como detonante del delito, y en su significación se encuentra implícita lógicamente la del hacer uso de este.

Y es que para llegar a esa conclusión basta con escuchar a los testigos recibidos en dicho proceso disciplinario, pues ninguno pudo sostener la coartada del demandado; para entender lo dicho se parte de lo estipulado en la cláusula 5ª del contrato de arrendamiento que suscribió el demandado el 9 de agosto de 2004 sobre el predio que ya se encuentra identificado en párrafos que anteceden; en dicha cláusula se dijo: *“el inmueble carece de servicios públicos por lo tanto el arrendatario asume lo relacionado con el agua de los animales...”* lo que el accionado ratificó en su interrogatorio de parte adelantado en primera instancia; así mismo, durante el trámite disciplinario y el devenir del presente proceso el señor Cortés Quecano construyó su exculpación con el pretexto de que él se abastecía de agua utilizando un pozo o aljibe, así como también que en algunas oportunidades se valía de otras personas para obtener dicho fluido; sin embargo, esa tesis se vio derruida por las versiones de los testigos del proceso disciplinario adelantado por la EMAAF, como se pasa a explicar.

La ingeniera Paola Andrea Villamil, funcionaria de la EMAAF y quien adelantó la inspección del predio refirió que: *“se realizó excavación con retroexcavadora sobre el andén de la carrera 3 y aproximadamente de 1.5 metros de profundidad, se encuentra una acometida de la red de 3 pulgadas al mismo costado del predio de la solicitud del señor Edgar, se realizó la suspensión con dispositivo anti fraude... técnicamente no es posible determinar el tiempo de conexión fraudulenta y teniendo en cuenta que no se encontraba una reciente excavación al predio, movimiento de tierra, tendría en cuenta que no es reciente... la red principal se encuentra sobre el andén en el costado norte de la carrera tercera, el predio se encuentra encerrado por alambre, y la manguera se encontraba hacía adentro aproximadamente a 50 – 60 metros del predio, iba directamente hacía el predio directamente...”* dijo que al inspeccionar el lugar no se percató de la existencia de un aljibe.

Cuando se comparan las declaraciones del señor Edgar Fernando Rodríguez Sandoval, quien básicamente en el proceso ratificó lo dicho en el proceso disciplinario, la Sala advierte que es contundente en afirmar que no existía un pozo o aljibe y que él fue el que se percató de la existencia de la acometida; y si bien dijo que su papá cuando vivía tuvo un ganado en ese mismo predio y que se valía de fuentes externas para proveerse de agua, esto de manera alguna indica que se trata del mismo aljibe del que tanto habla el demandado y lo reitera su apoderada judicial, sin que sea posible asegurar que se trate del mismo pozo.

Dora Aldana Tusso vecina del sector del predio arrendado al demandado, dijo en su declaración en el proceso disciplinario que el predio no tenía aljibe, que hace como 5 años se percató de una excavación que hiciera el demandado con ayuda de 3 o 4 compañeros de la EMAAF, que tenían una manguera y estaban buscando el punto para hacer la conexión y que ella pensó que eso era legal. Graciela Sutana Ramírez cuñada del señor Edgar Rodríguez y vecina del sector, también dijo que en ese predio no hubo aljibe y que veía que sacaban el agua de una manguera y esta estaba dentro del lote. Trinidad Gualteros Poveda quien trabajó para el demandado y vivió en ese predio en el 2010 – 2011, dijo que sacaban el agua de una manguera, que venía de la otra cuadra, que Bernardo dijo que él lo había hecho, que había hecho un registro en el piso. Lo propio ocurre con Luz Fabiola Torres Abreu quien también trabajó para el demandado y vivió mes y medio en el predio -2008- dijo que el agua la obtenían de una manguera que venía de la tierra. Dina Luz Gualteros hija de la señora Trinidad, vivió en ese predio y desde su conocimiento refirió que se abastecían de agua de una conexión realizada por Bernardo, de la caja principal que queda por la calle 6ª, una conexión subterránea enterrada por don Bernardo, que no había aljibe.

Vale la pena recordar que todas esos testigos fueron escuchados en el proceso disciplinario que realizó la EMAAF, y que la parte demandada no solicitó la ratificación de los mismos, por lo que se pueden valorar libremente sin ninguna restricción probatoria, además que provienen de un procedimiento que adelanta una entidad pública, que goza de validez legal, sin que tampoco se haya puesto de presente algún tipo de irregularidad en dicho trámite.

Superado lo anterior, queda más que demostrado que el actor sí incurrió en la falta gravísima que se le imputa, pues todos los testigos son contestes en señalar que en el predio no existe el supuesto aljibe del que tanto refirió el señor Cortez Quecano, además que dijeron que el predio se proveía de agua a través de una manguera y no como lo dijo el accionado a través de agua reservada o recolectada, lo que sin duda alguna deja más que demostrado la defraudación de fluido -agua- establecido en el art. 256 del C.P., y por ende la incursión de la falta gravísima de que trata el numeral 1º del art- 48 de la Ley 734 de 2002, habiendo lugar a ordenar el levantamiento del fuero sindical para poder despedir al accionado.

Es que ni siquiera con las declaraciones de los testigos escuchados en primera instancia se puede llegar a otra conclusión. Los señores Juan Carlos Arévalo Leguizamon, Leonel López Silva y Víctor Manuel Sánchez Celis no pudieron tener un conocimiento tan cercano como los testigos que allá se escucharon; Juan Carlos y Víctor Manuel son amigos de los hijos del demandado y frecuentaban el predio para recreación o jugar fútbol de manera esporádica y por escaso tiempo, además que eso sucedió cuando eran niños, que ellos no entraban a la "casita" que había en ese lote, que sabían que ahí vivían personas pero no más, e incluso Víctor dijo que el agua venía de afuera y no de un pozo.

Y lo dicho por Leonel López de que le llevaba agua y comida para las vacas cuando el señor José Bernardo lo requería, tampoco es suficiente para derrumbar la prueba testimonial recaudada y presentada por la EMAAF, debido a que dicho en esos términos su ayuda era esporádica y no permanente, por lo tanto, ningún valor probatorio merece su dicho frente a la magnitud y gravedad de la conducta cometida por el actor, ni es suficiente para desvirtuar el dicho de los demás testigos, como dice el recurrente.

Ahora, no se desconoce que la fiscalía de Funza Cundinamarca el 17 de diciembre de 2019 ordenó el archivo de la denuncia impuesta al demandado por el delito de defraudación de líquidos, debido a falta de legitimación en la querella, pero

en la parte motiva del proveído se alcanza a leer que se desestima por la falta de importancia del delito, como se desprende del siguiente aparte:

Por otro lado, considerando el desvalor de la conducta hoy subjudice resulta mucho más costoso para el Estado entrar a adelantar una actuación, cuando la presunta defraudación puede considerarse como una bagatela y se ha entendido que el Derecho Penal debe actuar como *Ultima Ratio*, cuando otros mecanismos resultan ineficaces. En este caso, esos mecanismos cumplieron su finalidad adecuadamente y conforme al citado artículo 11 (Antijuridicidad), la conducta no es punible.

En todo caso, esa desestimación no puede tomarse como punto de referencia en la jurisdicción ordinaria laboral, que es autónoma y no está supeditada necesariamente a las decisiones de otras disciplinas del derecho, lo cierto es que en este proceso, al margen de lo que dijo la Fiscalía, sí se encontró demostrada la conducta atribuida al demandado, y eso es suficiente para configurar la justa causa para la destitución del actor, ante la evidente falta gravísima que cometió.

Es que la falta cometida por el accionado se agrava por el simple hecho de que era funcionario de la empresa demandante, y según el certificado que se allegó en la carpeta del proceso disciplinario, el operario fontanero del acueducto, cargo ejercido por el demandado se encarga entre otras funciones de: *"informar oportunamente sobre las novedades y anomalías que se presenten en las rutas, tales como escapes, fugas de agua, CONEXIONES FRAUDULENTAS, cambio de usos, estado de medición, tapas, medidores dañados"* (resalta el Tribunal), además que trabaja en esa entidad desde 1996, por lo que es conocedor de todos esos temas y debía ser consciente de que lo que estaba haciendo o permitiendo no era correcto y por lo tanto debía informarlo a la demandante y así no ocurrió.

En cuanto al tema de la supuesta estabilidad laboral en razón a su estado de salud, este punto de apelación se desestima, pues tal tópico no fue discutido en los hechos y pretensiones de la demanda, y si bien hace parte de las excepciones de la contestación, lo cierto es que este es un proceso especial de levantamiento de fuero sindical, por lo que ser el caso dicho malestar o inconformidad deberá ser ventilado en el proceso ordinario laboral que corresponda, sin que la Sala tenga facultad funcional, en este momento, para pronunciarse al respecto.

La misma suerte corre lo relacionado con el fuero de pre - pensionado del accionado que argumenta la apoderada judicial, es un tópico que de ninguna manera se planteó en el libelo gestor de la EMAAF, razón suficiente para que no sea tenido en cuenta en este proceso especial, amén de que su estudio no es viable en un proceso de fuero sindical.

Finalmente, en cuanto a la prescripción el Tribunal acompaña la decisión de la juzgadora en este aspecto, pues es suficiente dar una lectura rápida al artículo 118 A del CPTSS, para interpretar que en tratándose del empleador demandante los dos meses para interponer la demanda comienzan a contabilizarse desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso; aquí el proceso disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002 finalizó con la decisión de segunda instancia de la entidad demandada el 6 de julio de 2018 y se le notificó al actor el 11 de julio siguiente y no el 13 como lo dijo la juzgadora de instancia, luego la demandante tenía hasta el 11 de septiembre para presentar su demanda y lo hizo en tiempo, pues esta se radicó el 30 de agosto de 2018.

Así quedan resueltos todos los puntos de apelación, sin que quede otro camino que confirmar íntegramente la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por perder su recurso, como agencias en derecho se fija la suma de un SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza – Cundinamarca, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del trabajador demandado, como agencias en derecho se fija la suma de un SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria