

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP6533 - 2021

Tutela de 2ª Instancia No. 115706

Acta No. 97

Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el Coordinador de Defensa Judicial y

Atención de Procesos de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, contra el fallo proferido el 3 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al descanso remunerado de la ciudadana Astrid Carolina Mendoza Barros, vulnerados por aquella entidad.

Al presente trámite fueron vinculados la Presidencia del Tribunal Administrativo de Santander y el señor Aldemar Ríos Ramírez.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Informó la accionante que desde el año 2017 desempeña el cargo de Juez Primera Administrativa Oral del Circuito Judicial de San Gil y que a partir del 19 de septiembre de 2020 hasta el 22 de enero de 2021 disfrutó de licencia de maternidad.
2. El 17 de diciembre de 2020, la Oficina de Talento Humano de la Rama Judicial, Seccional Santander, realizó la publicación de la nómina correspondiente a ese mes y en ella no encontró reflejados los conceptos generados por período de vacaciones, razón por la que envió un correo electrónico y se comunicó telefónicamente con la dependencia de «nómina» con el fin de solicitar el pago de sus vacaciones. Recibió como respuesta que «yo pertenezco a un Despacho de vacaciones colectivas y de acuerdo con la Ley 270 de 1996, solo las podía disfrutar en diciembre y que el pago de las mismas quedaba pendiente hasta

diciembre del 2021».

Indicó no discutir el hecho que ella «solo pueda disfrutar de las vacaciones en diciembre, toda vez que las mismas son colectivas y en una fecha determinada, no obstante, y teniendo en cuenta, que frente a dos situaciones administrativas como lo son la [l]icencia de [m]aternidad y las [v]acaciones, donde la licencia de maternidad interrumpe el periodo de vacaciones mas no el pago de las mismas, dado que éstas ya se encuentran causadas y por lo tanto, entraron a mi patrimonio laboral, el cual debe ser pagado a mi favor por el nominador».

3. Aseguró ser madre cabeza de familia de tres menores (de 8 y 3 años y del recién nacido), por lo que el desconocimiento de su derecho a percibir los dineros por concepto de vacaciones «afectó y se sigue afectando mi derecho fundamental al mínimo vital y móvil y el de mis hijos menores, toda vez que se disminuyó porcentualmente el salario que habitualmente recibo en diciembre, lo que en la actualidad se cuenta frustrando varios gastos que con cuenta a esa prima, asumía en los meses de enero y febrero de cada anualidad...como por ejemplo la matrícula y la pensión de mis dos hijos menores, más los útiles escolares..., y en fin, todos los gastos que como se sabe al interior de cada familia, se tienen que realizar al inicio de cada año, gastos éstos que en todas las anualidades asumo con cargo al pago de las vacaciones», que por causarse el 20 diciembre de 2020, se convirtió en expectativa real de ingreso a su patrimonio, «sin que el nominador pueda disponer la fecha en la cual deliberadamente quiera o desee pagarlas»; además de vulnerar «mi derecho a la igualdad, como quiera que todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en el mes de diciembre recibieron dicha prima.».

RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga acudió al trámite a través del Coordinador de Defensa Judicial y Atención de Procesos, quien confirmó que la actora se encuentra vinculada a la Rama Judicial desde el 2 de febrero de 2015 y que a partir del 2 de febrero de 2017 se desempeña como Juez Primera Administrativa Oral del Circuito Judicial de San Gil.

Agregó que mediante Resolución n.º 91 del 25 de septiembre de 2020, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander le otorgó licencia de maternidad a partir del 19 de septiembre de 2020 hasta el 22 de enero de 2021, inclusive, periodo en el que se nombró al señor Aldemar Ríos Ramírez en su reemplazo.

Sobre la condición de madre cabeza de familia que la promotora del amparo asegura la cobija, por tener a su cargo «económica o socialmente, en forma permanente», a sus tres hijos menores de edad, alegó que los progenitores tienen el deber de concurrir en dichas cargas.

Indicó que el Área de Talento Humano, en atención a la situación administrativa de la demandante, esto es, «separada temporalmente del ejercicio de sus funciones» de acuerdo con el artículo 130 de Ley 270 de 1996, procedió, para el mes de diciembre pasado, a

cancelarle en nómina «lo correspondiente a su licencia por maternidad por 31 días», sin que sea posible pretender que su liquidación hubiera sido como si estuviera en servicio activo, limitándose entonces «los emolumentos derivados de la vinculación» al reconocido por concepto de licencia de maternidad.

Adujo que el cargo que ostenta la accionante lo cobija el régimen de vacaciones colectivas, que por mandato legal disfrutan de manera uniforme todos los servidores judiciales vinculados a dicho régimen de vacaciones al interior de la Rama Judicial, y debido a que el disfrute del período de vacaciones colectivas tuvo lugar durante el tiempo que la actora estuvo «separada temporalmente del ejercicio de sus funciones», dadas las circunstancias de hecho derivadas de su maternidad, implica que no se hace merecedora del disfrute del periodo de vacaciones «por expresa previsión legal»; además, que «los actos de nominación que escapen al marco normativo y los reglamentos existentes expedidos por el H. Consejo Superior de la Judicatura, no se encuentran contemplados en el Presupuesto General de la Nación», por lo que no cuenta con presupuesto destinado para ello, máxime que al funcionario que la reemplazó se le cancelaron sus emolumentos.

Concluyó que «no hubo lugar al reconocimiento de pago por concepto de vacaciones a esta servidora, dado que tampoco se produjo el disfrute de las mismas, pues en el marco normativo no se encuentra contemplado el deber legal del reconocimiento cuando se presente esta particular situación administrativa», de ahí que esa entidad no está llamada a hacer otra interpretación distinta a la literal, prevista en la ley, so pena de incurrir en prevaricato. Resaltó que, incluso, las vacaciones de la demandante se generan en febrero de cada año, por lo que las reconocidas en años anteriores fueron anticipadas.

Precisó que su posición frente a lo pretendido por la actora encuentra apoyo en el Concepto n.º 20209000101152 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por otro lado, no se acreditó que la tutelante hubiera hecho uso de los recursos que la ley le concede «antes de acudir por este medio excepcional, lo que, en principio, torna ya en improcedente este medio excepcional por falta del requisito de subsidiariedad».

2. La Presidencia del Tribunal Administrativo de Santander indicó que esa Corporación concedió licencia de maternidad a Astrid Carolina Mendoza Barros, en su condición de Juez Primera Administrativa del Circuito Judicial de San Gil, lo que dio lugar al nombramiento en provisionalidad de Aldemar Ríos Ramírez.

Agregó desconocer los supuestos fácticos que dieron lugar a la solicitud de tutela y que carece de legitimación en la causa por pasiva, en tanto lo pretendido es un reconocimiento prestacional, concretamente la denominada «prima de vacaciones», en cuyo trámite no tiene competencia.

3. La accionante, en respuesta al requerimiento que se le realizó por parte del juez constitucional a quo, bajo la gravedad de juramento informó que su condición de madre cabeza de familia deviene de sus tres hijos menores de edad, de diferentes padres, de los que solo uno «contribuye económicamente a su sostenimiento».

Indicó que el padre de su hija S.S.H.M., tiene requerimientos judiciales penales, «por lo que no volvió a tener contacto conmigo, razón por la cual, declaro que no conozco su paradero, al punto de no saber si, aún esta con vida o ya falleció» y, respecto del progenitor de M.A.M.B., «no lo reconoció, (...) no ha respondido económicamente por el menor. Este año instauraré las demandas respectivas para obtener el reconocimiento y la fijación de una cuota de alimentos».

Señaló que ninguno de los miembros de su familia reside en la ciudad de San Gil y el cuidado y sostenimiento de los mencionados impúberes está exclusivamente a su cargo.

Respecto de los bienes de su propiedad, aseguró que tiene un apartamento ubicado en Valledupar, que se encuentra deshabitado «porque no ha sido posible arrendarlo debido a la crisis que ha generado el COVID-19» y que ella vive en calidad de arrendataria en la ciudad de San Gil, y un automóvil de placas FSM-719, que lo adquirió con intermediación de un crédito con el bango de Bogotá, por el cual paga una cuota mensual de \$1.203.085.

Tiene también un crédito de libranza con Juriscoop, por el cual le descuentan mensualmente \$327.491, del que adeuda la suma de \$30.129.172; otro crédito de libranza con Juriscoop, por el cual le descuentan mensualmente \$309.817, del que adeuda la suma de \$29.226.070; un crédito de libranza con AV-Villas, por el cual le descuentan mensualmente \$1.524.706, del que adeuda la suma de \$73.185.888, además del referido crédito de vehículo.

Destacó las obligaciones que por concepto de pensión y gastos educativos debe sufragar a favor de sus hijos, adeudándole al colegio Santa Cruz, la suma de \$2.892.000.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de San Gil amparó los derechos fundamentales a la igualdad y al descanso remunerado de Astrid Carolina Mendoza Barros.

No advirtió la existencia de un medio judicial eficaz para solventar las consecuencias de tal situación, debido a que, para efectos de la nulidad y restablecimiento del derecho, la administración de justicia, en las condiciones actuales, requiere de años para resolver de fondo el asunto, mientras que la suspensión del acto administrativo no le aseguraría el goce de sus vacaciones, cuando, después de generarse, éste debe asegurarse dentro del año siguiente, destacándose en este punto que, si bien, en principio, las vacaciones en este caso son colectivas, las condiciones particulares crearon una situación excepcional que ameritan que, frente al derecho generado en diciembre de 2020 – enero de 2021, se tengan como vacaciones individuales, por lo que, en efecto, el nominador, dentro del siguiente año, deberá señalar, de acuerdo al inciso 2° del artículo 108 del Decreto 1660 de 1978, «la fecha en que comenzarán a ser disfrutadas», mientras que la prima de vacaciones, se deberá cancelar en la semana anterior al inicio de su disfrute», como lo prevé el artículo 109

ibidem.

Precisó que la accionante, frente a los compañeros de la Rama Judicial que, como ella, gozan de vacaciones colectivas, se encuentra en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta que, de acuerdo al artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, la licencia de maternidad que le fue reconocida «NO INTERRUMPE», para efectos del reconocimiento de las vacaciones, el tiempo de servicio, encontrándose, como único criterio de diferenciación, que ella estuviera disfrutando de dicha prerrogativa, sin que ninguna norma excluya el reconocimiento de uno frente al otro, mientras que la interpretación acogida por la Dirección Ejecutiva Seccional y el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el concepto que emitió y que fue aportado a este trámite, resulta inconstitucional de cara a la equidad de género que se requiere implementar no solo en las decisiones judiciales, sino también las administrativas, además de ser contrario al principio in dubio pro operario, según el cual, cualquier interpretación que se deba realizar de la ley, debe ser a favor del trabajador, claramente, con independencia del régimen que lo cobije.

Por otro lado, no es de recibo el argumento de la demandada relacionado con el detrimento patrimonial, en el entendido que, si bien al reemplazo de la demandante se le debió liquidar la prestación, esto se hace de forma proporcional al tiempo laborado. Además, la licencia de maternidad cancelada a la tutelante, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada, por lo que será la accionada la que deba repetir ante la misma y, de otra parte, con independencia de que la señora Astrid Carolina Mendoza Barros haya sido vinculada a la Rama Judicial en febrero de 2015, sus vacaciones, que son naturalmente colectivas, en ese primer año, la prestación económica debió ser liquidada «a razón de una doceava (1/12) parte de su valor por cada mes completo de servicio», conforme lo dispone el inciso 2° del

artículo 109 del Decreto 1660 de 1978, por lo que en nada incide en la generación de las vacaciones sucedáneas.

LA IMPUGNACIÓN

La accionada impugnó el fallo. En sustento de su disenso, retomó lo expuesto al hacer uso del derecho de contradicción en primera instancia.

Advirtió que hay claridad normativa en que solo se tiene derecho al pago de vacaciones que se disfruten y, como en el caso de la actora, el disfrute no tuvo lugar en virtud del goce de la licencia de maternidad, un trato distinto no encuentra apoyo en el ordenamiento jurídico y, por ello, eventualmente podría ser constitutivo de prevaricato, máxime al existir norma que expresamente regula el asunto.

Indicó que, revisada la situación de la demandante, se evidencia que las vacaciones colectivas que reclama no se habían causado todavía, puesto que el periodo pendiente correspondería al que se causaría entre el 07/02/2020 y el 06/02/2021, es decir, la fecha de las vacaciones se cumplió el 06/02/2021, calenda posterior al periodo de vacancia colectiva respecto del cual solicita el reconocimiento y pago. Y, dado que para la fecha que se inició tal vacancia, Astrid Carolina Mendoza Barros gozaba de licencia de maternidad, y que la fecha de causación se cumplió el 6/02/2021, en consecuencia, se advierte que, incluso, las vacaciones que se cancelaron a la servidora en las vigencias 2015-2019, fueron

adelantadas, conforme se establece en el artículo 19 del Decreto 1045 de 1978.

Explicó que, según lo previsto en el artículo 20 ibidem, sólo hay lugar a la compensación de esta prestación en los siguientes supuestos de hecho:

ARTÍCULO 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos: a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año; b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Recalcó que la liquidación de nómina y el correspondiente pago no obedecen a un capricho de la entidad, sino a la aplicación para estos efectos de lo legalmente previsto, sin que por ello se atente contra los derechos fundamentales de la accionante, menos cuando en su nómina del mes de diciembre de 2020 vio liquidado un total devengado de \$23.455.890 y reflejado en su cuenta un total neto a pagar que ascendió a la suma de \$11.915.944.

Expresó que no deben confundirse los conceptos relativos a la «no interrupción del tiempo de servicio para efectos de la causación de las vacaciones» (artículo 22 del Decreto 1045 de 1978) con el de la «interrupción del derecho al disfrute las vacaciones» (canon 15 idem) y el «pago de las vacaciones que se disfruten» (artículo 18 ejusdem), puesto que, si bien

todos están definidos en el citado Decreto, es evidente que las vacaciones se interrumpen con la licencia de maternidad, por mandato del literal c) del artículo 15 de ese cuerpo normativo, como se vio anteriormente, hecho que normativamente no admitiría otra lectura.

Frente a lo decidido en primera instancia, cuestionó si el pago de vacaciones ordenado deberá efectuarse, a pesar de que la actora pertenece al régimen de vacaciones colectivas, con desconocimiento de dicho régimen, teniendo en cuenta que no disfrutó sus vacaciones y que no se habían causado al momento en que entró en licencia, esto es, cuando cambió su situación administrativa, ni cuando salieron sus pares a la vacancia colectiva, dado que, como atrás indicó, para esas calendas no le asistían periodos efectivamente causados de los cuales se pudiera derivar el reconocimiento y pago. Entendiendo que, en favor de la tutelante se reconocía su derecho a las vacaciones únicamente por virtud de la vacancia colectiva -aun cuando no las hubiere causado-, no habría lugar al pago ordenado.

En el evento de confirmarse la providencia de primer nivel, solicitó se precise: «1. ¿Si la accionante ahora goza de vacaciones individuales por virtud de la orden dada en la tutela? y 2. ¿Cuál debiera ser la fecha de corte que se tenga en cuenta en la causación del derecho a las vacaciones de la accionante, y que tome la entidad para efectos de ordenar el pago de las vacaciones que se ordenan mediante la acción de tutela? Indicar extremos de inicio y fin».

Por último, afirmó que en este caso el perjuicio irremediable que anuncia la tutelante no tiene sustento probatorio y no es debatible en esta instancia.

Solicitó revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, negar las peticiones formuladas frente a la entidad que representa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la segunda instancia respecto de la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede el mecanismo de amparo constitucional frente a la decisión de la accionada de negarle a la juez Astrid Carolina Mendoza Barros el reconocimiento y pago de la prima de vacaciones, con el argumento que, por estar en licencia de maternidad, se encuentra «separada temporalmente del ejercicio de sus funciones», decisión que la accionante considera lesiva de sus derechos fundamentales a

la igualdad, al mínimo vital y al trabajo en condiciones dignas y justas.

Análisis del caso

1. La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o los particulares, en los casos previstos en la ley (artículo 86 de la Constitución Nacional y 1° del Decreto Ley 2591 de 1991).

Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita la protección del derecho fundamental, o cuando existiendo, carece de eficacia para su protección. Y excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

2. En el asunto de la especie, Astrid Carolina Mendoza Barros acude a la acción de tutela para plantear la transgresión de los anotados derechos fundamentales por parte de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, pues, considera que, en su caso, a pesar de que la licencia de maternidad concedida interrumpió el disfrute del periodo de vacaciones colectivas, no sucede lo mismo con el pago de ellas, dado que éstas se encuentran causadas y deben, por tanto, ser canceladas a su favor por el nominador.

3. El reconocimiento y goce del derecho al descanso es un asunto que debe ser debatido en principio ante la jurisdicción ordinaria competente, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la vinculación laboral, mecanismo judicial que la accionante no utilizó en este caso. Esto haría improcedente la acción en virtud de su carácter residual y porque esta herramienta constitucional no puede utilizarse para obtener el reconocimiento de una prestación social de carácter laboral-administrativa.

No obstante, como ya sea indicó, el artículo 86 de la Carta consagra la posibilidad de que el mecanismo de amparo proceda, aun en presencia de otro medio de defensa judicial, cuando el procedimiento ordinario no resulte eficaz para la protección del derecho, hipótesis que encontraría materialización en este caso, si se tiene que el derecho al descanso remunerado de la trabajadora no puede quedar suspendido a la espera de que se debata la validez de la decisión de la autoridad administrativa ante la jurisdicción ordinaria.

Por las referidas razones la Sala estudiará de fondo el asunto, anunciando, desde ya, que revocará el fallo objeto de impugnación, por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad. Las razones son las siguientes:

3.1. Las vacaciones han sido concebidas por la jurisprudencia constitucional como el derecho fundamental que tiene el trabajador a descansar y a obtener una remuneración que incluya todo lo que este reciba como salario, de manera permanente o habitual, cuyo pago debe realizarse dentro de los términos de ley.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia CC C-019-2004 señaló que:

[...] las vacaciones se erigen como el derecho a un descanso remunerado por las labores desarrolladas al servicio del empleador, quien a su vez tiene el deber de causarlas contablemente, al igual que la obligación de pagarlas al empleado dentro de los términos de ley. Es decir, el empleado tiene derecho al disfrute de un tiempo libre a título de vacaciones, durante el lapso legalmente causado y con el pago previo de ese derecho, pues no sería justo ni razonable el que un trabajador saliera a “disfrutar” sus vacaciones desprovisto del correspondiente ingreso económico. Claro es que unas vacaciones carentes de recursos se tornarían en un hecho contraproducente a los intereses y derechos del titular y su familia, ante la permanencia del gasto que implica su existencia y desarrollo.

Y, en providencia CC C-171-2020, explicó:

46. El descanso necesario tiene especial relevancia en el ejercicio del trabajo, y es por esta razón que el Constituyente de 1991 lo incluyó en el artículo 53 como uno de los principios mínimos fundamentales. Así, el derecho al descanso tiene como propósito que durante un tiempo determinado el trabajador cese sus actividades laborales y se recupere del desgaste que genera el trabajo¹; lo cual no solo redundaría en el necesario equilibrio de su calidad de vida, sino que además, le permite concretar y avanzar en su proyecto de vida².

47. Este derecho ha sido materializado a través de la limitación de la jornada de trabajo, el otorgamiento del descanso semanal y la consagración de un periodo de vacaciones anuales³ (...).

48. Se ha entendido que las vacaciones no tienen como único propósito que el trabajador se recupere del desgaste que le ocasionan las actividades laborales, sino que tiene por objeto permitirle al individuo espacios en los cuales realice actividades en desarrollo de sus propias expectativas y las de su familia⁴. Lo anterior, ha llevado a que se reconozca que el derecho a las vacaciones se perfecciona a través del goce del descanso remunerado⁵.

49. Una vez causado el periodo de vacaciones, el trabajador puede entonces disfrutar del descanso remunerado y, de esta forma, materializar los postulados contenidos en los artículos 1 y 25 de la Constitución en lo referente a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas⁶. Bajo esa perspectiva, se ha señalado por la jurisprudencia constitucional⁷ que la compensación en dinero de las vacaciones solo es posible cuando se presentan causales legalmente señaladas para ello; limitación que responde a la protección del descanso en sí mismo, dado el impacto que como se indicó antes, representa en el desarrollo individual y familiar.

(...)

En conclusión, las vacaciones periódicas y remuneradas corresponden a uno de los

mecanismos para concretar el derecho humano y el principio mínimo fundamental al descanso del trabajador; cuyo disfrute efectivo permite avanzar en el propósito de dignidad y justicia, en el ejercicio de sus actividades laborales [subrayado fuera de texto].

En lo relacionado con el derecho al descanso y el tópico de las vacaciones en el sector público, la misma Corte indicó (Cfr. CC T-837-2000):

3. Salvo excepciones legales favorables, todo empleado público o trabajador oficial tiene derecho a disfrutar de 15 días hábiles de vacaciones, por cada año de servicios prestados en cualquiera de las entidades del Estado (artículos 8º Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978). En efecto, el derecho al descanso ha sido reconocido universalmente como una garantía laboral que “ofrece a los trabajadores una posibilidad de descansar, distraerse y desarrollar sus facultades”⁸.

Por lo anterior, es de la esencia del derecho al descanso su carácter remunerado, ya que el trabajador interrumpe la prestación de los servicios pero mantiene el derecho al pago de su salario, pues “sin el descanso remunerado el trabajador no podría recuperar las condiciones físicas y mentales indispensables para trabajar”⁹. Así, el artículo 18 del Decreto 1045 de 1978 establece que “el valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten será pagado, en su cuantía total, por lo menos cinco (5) días (sic) de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado”.

3.2. Las reglas aplicables al caso se circunscriben al siguiente compendio normativo:

En la Rama Judicial existen dos regímenes de vacaciones: individuales y colectivas, consagradas en el artículo 146 de Ley 270 de 1996, así:

ARTÍCULO 146. VACACIONES. Las vacaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial serán colectivas, salvo las de los de la Sala Administrativa de los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura, las de los Tribunal Nacional, las de los Juzgados Regionales mientras existan, de Menores, Promiscuos de Familia, Penales Municipales y de Ejecución de Penas; y las de los de la Fiscalía y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Las vacaciones individuales serán concedidas de acuerdo con las necesidades del servicio por la Sala Administrativa del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura por la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal a los Jueces y por el respectivo nominador en los demás casos, por un término de veintidós días continuos por cada año de servicio [subrayado en esta oportunidad].

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en los artículos 107 y 108 del Decreto 1660 de 1978, el primero de los cuales explica en su literal b)., que las vacaciones colectivas se disfrutan entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero de la siguiente anualidad.

A su vez, el canon 109 del mismo Decreto incorpora la prestación social (literal d., artículo 5, Decreto 1045 de 1978) de prima de vacaciones, como un reconocimiento económico que la ley otorga a los servidores judiciales cuando se tiene derecho a las vacaciones por haber laborado el período anual de servicios, con el fin que el trabajador disponga de mayores recursos financieros para el goce pleno de su período de descanso.

Su consagración es del siguiente tenor: «Artículo 109. Los funcionarios y empleados tendrán derecho por las vacaciones anuales causadas o que se causen a partir del 1° de abril de 1977, a una prima anual equivalente a quince (15) días de sueldo, que se pagará en la semana anterior al inicio de su disfrute (...)» [subrayado fuera de texto].

En lo referido a las vacaciones, pueden presentarse situaciones como el aplazamiento o la interrupción, aspectos regulados en el Decreto 1045 de 1978, así:

Artículo 14. Del aplazamiento de las vacaciones. Las autoridades facultadas para conceder vacaciones podrán aplazarlas por necesidades del servicio. El aplazamiento se decretará por resolución motivada. Todo aplazamiento de vacaciones se hará constar en la respectiva hoja de vida del funcionario o trabajador.

Artículo 15. De la interrupción de las vacaciones. El disfrute de las vacaciones se interrumpirá cuando se configure alguna de las siguientes causales:

- a. Las necesidades del servicio;
- b. La incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo, siempre que se acredite con certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso de que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión;
- c. La incapacidad ocasionada por maternidad o aborto, siempre que se acredite en los términos del ordinal anterior;
- d. El otorgamiento de una comisión;
- e. El llamamiento a filas.

Artículo 16. Del disfrute de las vacaciones interrumpidas. Cuando ocurra interrupción justificada en el goce de vacaciones ya iniciadas, el beneficiario tiene derecho a reanudarlas por el tiempo que falte para completar su disfrute y desde la fecha que oportunamente se señale para tal fin. La interrupción, así como la reanudación de las vacaciones, deberán decretarse mediante resolución motivada expedida por el jefe de la entidad o por el funcionario en quien se haya delegado tal facultad [subrayado por la Sala].

Por otra parte, el legislador previó la prohibición de compensar las vacaciones en dinero, sin embargo, en casos especiales, cuando el nominador respectivo lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, puede autorizar la compensación correspondiente hasta de un año de vacaciones, evento en el cual no se tiene derecho a devengar la prima

de vacaciones (artículos 10 del Decreto 3135 de 1968 y 109 del Decreto 1660 de 1978).

Por último, es preciso recordar que los servidores judiciales pueden hallarse en servicio activo (comprende el desempeño de sus funciones, la comisión de servicios y la comisión especial), o separados temporalmente del servicio de sus funciones, esto es: «en licencia remunerada que comprende las que se derivan de la incapacidad por enfermedad o accidente de trabajo o por el hecho de la maternidad, y las no remuneradas; en uso de permiso; en vacaciones; suspendidos por medida penal o disciplinaria o prestando servicio militar» [subrayado en esta oportunidad] (canon 135 de la Ley 270 de 1996).

Además, conforme al artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, el goce de la licencia de maternidad es un evento que no interrumpe el tiempo de servicio para los efectos de las vacaciones:

Artículo 22. De los eventos que no interrumpen el tiempo de servicio. Para los efectos de las vacaciones, no se considera interrumpido el tiempo de servicio cuando la suspensión de labores sea motivada:

- b. Por el goce de licencia de maternidad;
- c. Por el disfrute de vacaciones remuneradas;
- d. Por permisos obtenidos con justa causa;

e. Por el cumplimiento de funciones públicas de forzosa aceptación;

f. Por el cumplimiento de comisiones.

[subrayado por la Sala]

3.3. Trasladas las anteriores premisas fácticas, jurídicas y jurisprudenciales al asunto que se examina, es imperioso precisar que:

(i) Astrid Carolina Mendoza Barros, quien en la actualidad desempeña el cargo de Juez Primera Administrativa Oral del Circuito Judicial de San Gil, disfrutó de licencia de maternidad en el lapso comprendido entre el 19 de septiembre de 2020 y el 22 de enero de 2021.

(ii) Esta situación hizo coincidir en el tiempo el periodo de maternidad con las vacaciones colectivas a las cuales la funcionaria tenía derecho por haber laborado durante el año 2020.

(iii) Si bien, la licencia de maternidad no interrumpe el tiempo de servicio para los efectos de las vacaciones, es claro que esa circunstancia determinaba que la actora se encontrara temporalmente separada del servicio y de sus funciones.

(iv) Aunque el Tribunal Administrativo de Santander, a través de la Resolución n.º 91 del 25

de septiembre de 2020, no fue explícito en la concesión de la licencia de maternidad a la tutelante¹², tanto la juez interesada, como la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, así lo entendieron, razón por la que habrá de convenirse en que aquel fue el sentido por el cual se expidió el mencionado acto administrativo.

(v) Del contenido de esta resolución no se extrae que las vacaciones de la promotora del amparo hubiesen sido aplazadas o interrumpidas, ni de lo acontecido al interior del caso se advierte que estas categorías jurídicas se hayan presentado.

De la legislación relacionada en el acápite anterior se establece que, tanto el aplazamiento como la interrupción de las vacaciones, proceden a través de resolución motivada por parte del nominador, previa acreditación de algunas de las causales establecidas para ello, lo que en el caso de la especie no ocurrió.

(vi) Tampoco se extrae que se esté frente a fenómenos concursantes, primero, porque el período de vacaciones colectivas en las que está inscrita la accionante empezó el 20 de diciembre de 2020, momento para el cual ella ya gozaba de licencia de maternidad y, segundo, porque no era posible que coetáneamente la servidora judicial se hallara gozando de dos situaciones administrativas (licencia de maternidad y vacaciones)

(vii) Con todo, resulta innegable que, en el caso de la demandante, se presentó una circunstancia personal que, en la práctica, determinó que se pospusiera el derecho a disfrutar las vacaciones, toda vez que por razón de la licencia de maternidad no podía simultáneamente disfrutar del descanso remunerado colectivo.

(viii) La pretensión constitucional de la actora gira, exclusivamente, en torno al pago de la prima de vacaciones, a la que considera tiene derecho y que debió cancelarse en diciembre de 2020. Sin embargo, tal postulación no encuentra sustento legal, si en cuenta se tiene que, como atrás se detalló, el pago de la prima, de forma ineluctable, se apareja al disfrute de las vacaciones y aquí, esto tampoco ha sucedido, pues, si bien entre diciembre de 2020 y enero de 2021, Astrid Carolina Mendoza Barros estuvo separada temporalmente del servicio y de sus funciones, la naturaleza jurídica por la que esa situación administrativa se consolidó, obedeció a licencia de maternidad, disímil a las vacaciones que debía disfrutar para aquella época.

(ix) De ese modo, no es dable ordenar el pago de prima de vacaciones sin vacaciones, pues, la única posibilidad que el legislador previó para que ello acontezca, se da en razón al retiro del servicio (artículo 109 del Decreto 1660 de 1978) y este no es el caso.

(x) Lo anterior no implica que la tutelante vea burlado su derecho al descanso remunerado

causado en diciembre de 2020, solo que, en este momento se halla diferido hasta cuando la autoridad nominadora, a solicitud de la interesada, disponga su disfrute efectivo, con el consecuente pago de emolumentos laborales, entre ellos, el de la prima de vacaciones.

(xi) Es de esta manera que el descanso materializa los postulados contenidos en los artículos 1° y 25 de la Carta Política, en lo referente a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas, vale decir, a través del goce efectivo de las vacaciones, y no por el simple hecho de pretender por la vía constitucional el pago de una prestación económica que, de acuerdo a lo allegado al paginario conforme a los emolumentos recibidos en diciembre pasado, no logra afectar el mínimo vital y móvil de la actora, al punto de causar un perjuicio irremediable.

Menos traduce la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de Astrid Carolina Mendoza Barros, garantía que sólo es predicable entre iguales y, ciertamente, la juez tutelante no se halla en el mismo plano de sus pares, por la potísima razón que estos salieron a disfrutar de la vacancia colectiva, mientras que la promotora del amparo no, de ahí que en el primer caso la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga haya procedido al pago de la prima de vacaciones y en el de la demandante no.

(xii) De la foliatura no se advierte que la accionante, una vez finalizado el periodo de licencia de maternidad, haya solicitado a la autoridad nominadora el disfrute de sus vacaciones, escenario que en su momento contempló la Sala de Gobierno del Consejo de Estado¹³ a fin de conceder las vacaciones a una de las empleadas de la Alta Corporación, a quien, en identidad fáctica con lo aquí examinado, le fue otorgada licencia de maternidad para la época en que debía salir a descanso remunerado por vacaciones. Ello, de suyo,

implica la inobservancia del principio de subsidiariedad que rige a la acción de tutela –de paso la hace improcedente–, herramienta constitucional que no tiene por objeto suplantar los mecanismos de defensa judicial ordinarios con que cuenta el interesado y sólo puede ser demandada una vez se verifique su agotamiento

(xiii) A efecto de dar respuesta a la entidad impugnante, explíquese que una eventual concesión de las vacaciones de Astrid Carolina Mendoza Barros durante el presente año, no indica que su régimen jurídico de vacaciones colectivas, mute al de las individuales. Entiéndase que la particular situación de la actora no permitió su descanso en las fechas legalmente programadas, razón por la que, para garantizar su derecho, por esta vez deba disfrutar de las vacaciones extemporáneamente, lo cual tampoco conlleva modificación en las «fechas de corte de causación» que ya vienen corriendo.

(xiv) En suma, la orden tuitiva del a quo habrá de ser revocada por cuanto no logró probarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Acciones de Tutela n.º 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el 3 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, que tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y al descanso remunerado de Astrid Carolina Mendoza Barros, presuntamente vulnerados por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga y, en consecuencia, negar el amparo deprecado.

SEGUNDO: Notificar esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en virtud de lo previsto en el artículo 32 ibidem.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia C-710 de 1996, reiterada en sentencias C-035 de 2004 y C-1005 de 2005.

2 De esta prerrogativa se han ocupado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el artículo 24 prevé que “[t]oda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Asimismo, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador en el artículo 7 señalan que los trabajadores tienen derecho a las “vacaciones periódicas pagadas” y finalmente, los Convenios 052 y 132 de la OIT se ocupan en igual sentido de destacar la relevancia y particularidad de garantía del descanso necesario. Sobre vacaciones pagas, el Convenio 132 dispone i) la periodicidad del descanso al señalar que el derecho se causa luego de un año de servicio continuo (artículo 2) y ii) la remuneración del tiempo de vacaciones al establecer que quien las esté disfrutando deberá percibir la remuneración habitual (artículo 3).

3 Sentencias C-710 de 1996, C-019 de 2004, C-1005 de 2005, en las cuales además se señala que dicha posición se encuentra acorde con lo establecido en

las normas internacionales respecto de las vacaciones del trabajador.

4 Sentencias C-669 de 2006, C-892 de 2009.

5 Sentencias C-035 de 2005, C-892 de 2009.

6 Sentencias C-035 de 2005, C-669 de 2006, C-892 de 2009.

7 Sentencias C-710 de 1996, reiterada en sentencias C-598 de 1997, C-019 de 2004, C-035 de 20015, C-669 de 2006.

8 Considerandos de la Recomendación 47 “sobre las vacaciones anuales pagadas” de la OIT.

10 Convenio 52 de la OIT, aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963.

11 Artículos 12 del Decreto 1045 de 1978 y 45 del Decreto 1848 de 1969.

12 De la anunciada Resolución se establece en sus considerandos que a la doctora Mendoza Barros «le fue concedida una licencia de maternidad expedida por [la] ESE Hospital Manuela Beltrán Socorro» y que, por lo tanto, ante la provisionalidad en el cargo de Juez Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de San Gil, se hacía necesario nombrar su reemplazo por el término de la licencia de maternidad, último aspecto al que se contrae la parte resolutive de la misma.

13 El antecedente puede verse en el Acuerdo n.º 046 del 21 de marzo de 2018.
http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/30-04-2018_ACUERDO.pdf (páginas 16 y 17).