

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP117-2018

Radicación n.º 95883

(Aprobación Acta No. 05)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por Yolanda Avendaño Molina, contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10 de noviembre de 2017, con ocasión de la solicitud de amparo invocada contra la Fiscalía General de la Nación, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, la vida en condiciones dignas y la seguridad social.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en el fallo de tutela de primera instancia, en los siguientes términos:1

Dijo la accionante que en la resolución 1338 de 4 de mayo de 2016 fue nombrada en

provisionalidad en el cargo de Profesional de Gestión I en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción; que le practicaron exámenes de ingreso y de egreso, pero no se dejó consignado la grave discapacidad que padece; que tuvo excelentes calificaciones durante su año de trabajo, pero en oficio 238 de 30 de junio de 2017 la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía le notificó que conforme con el Decreto Ley 898 de 29 de mayo de 2017, su cargo había sido suprimido, terminando su relación laboral el pasado 30 de junio de 2017.

Que el 6 de julio de 2017 le pidió a la accionada su reintegro y reubicación, pues es discapacitada y padece un defecto congénito denominado pie equinovaro, lo cual le impide movilizarse adecuadamente y sin dolor; además, que es madre cabeza de familia, por lo que responde por su menor hija, pues el padre solo le ayuda con \$ 160.000 mensuales para su manutención. Que el 28 de julio de 2017 le respondieron que no era factible su reintegro, pues cuando suprimieron su lugar de trabajo, la entidad no sabía su especial situación de vulnerabilidad.

Que el 1 de septiembre de 2017 le pidió a la Comisión Nacional del Servicio Civil su reincorporación o reubicación, conforme con las reglas que rigen el empleo público en Colombia y con énfasis en que su vulnerabilidad la coloca como beneficiaria del retén social.

Que la Comisión, en radicado 20171020394301 remitió su solicitud a la Fiscalía General, pues su vinculación provisional hace parte de un régimen especial, que no es su competencia.

Que en radicado 201761109003822 del 12 de septiembre de 2017 la Fiscalía le dijo que su caso no lo resolvería la Dirección Especializada contra la Corrupción, sino la Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión, por ser su competencia.

Que en radicado 20176000581142 la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General

le dijo que el 28 de julio de 2017 la Subdirección le había respondido sus solicitudes: 20176110661322 y 20176110661322: "...que los servidores que se consideren sujetos de especial protección constitucional, tenían la carga de acreditar ante las Subdirecciones Seccionales de Apoyo a la Gestión o Departamento de Administración de Personal tal situación (...) que el tiempo que estuvo vinculada a la entidad no acreditó ser sujeto de especial protección..." Por eso no era viable su reintegro.

Que la Fiscalía desconoció su situación como madre cabeza de familia en discapacidad, lo que vulnera sus derechos, por lo que solicitó su amparo para que se le ordene a la accionada reintegrarla al cargo que desempeñaba o a uno equivalente; y que se le ordene el pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos que dejó de percibir por causa del despido, hasta el día de su reintegro, incluyendo su indemnización por haber sido desvinculada sin autorización del Ministerio de Trabajo. (Textual).

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante decisión adoptada el 10 de noviembre de 2017, negó el amparo invocado respecto de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la accionante, por cuanto la misma no demostró siquiera sumariamente su afectación; y declaró improcedente el amparo en relación con la Fiscalía General de la Nación, por encontrar que las pretensiones de la accionante pueden ser debatidas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de manera que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad.²

LA IMPUGNACIÓN

El 17 de noviembre de 2017, la accionante interpuso recurso de impugnación mediante apoderada judicial, cuyo mandato conferido fue la presentación y sustentación del referido recurso.

La accionante alega que la solicitud de amparo sí cumple con los requisitos de procedibilidad porque «...no es viable controvertir vía acción nulidad y restablecimiento del derecho Oficio No. 238 de 30 de junio de 2017 proferido por el subdirector de talento humano de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y por medio del cual se comunicó a la Señora YOLANDA AVENDAÑO MOLINA sobre la supresión de su cargo. Ello en razón a que el oficio es un documento que comunica la existencia de una situación jurídica determinada, en este caso la supresión de empleos prevista en el Decreto Ley 898 de 29 de mayo de 2017, pero no tiene la capacidad de crear modificar o extinguir situaciones jurídicas como si se trata de un acto administrativo sino que tiene un carácter meramente informativo».

En ese sentido considera que la Fiscalía General de la Nación sí vulneró sus derechos fundamentales porque desconoció las normas que orientan el empleo público en materia de provisionalidad y de estabilidad laboral reforzada, en razón de las cuales tenía derecho a tener preferencia en los concursos realizados en la entidad para suplir las vacantes disponibles.

Sobre el particular, la accionante insiste sobre que por cuanto la discapacidad física que padece es evidente a simple vista, no era necesario que la informara a su empleador, siendo este quien debió tener conocimiento desde su ingreso a la institución.³

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por el accionante, contra el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Al respecto, la Sala advierte que la solicitud de amparo y el recurso de impugnación, se contraen a la posibilidad de que por vía de tutela se ordene el reintegro inmediato de la accionante al cargo igual o similar al que venía ocupando en provisionalidad en la Fiscalía

General de la Nación.

En primer lugar, la Sala considera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sí es el escenario para que la accionante debata la procedencia de sus pretensiones, particularmente si estaba en la obligación de informar que padece de «pie equinovo», o si por tratarse de una discapacidad evidente ha debido ser advertida y tenida en cuenta por la autoridad accionada en su condición de empleadora.

Lo anterior, por cuanto si bien el Decreto Ley 898 de 29 de mayo de 2017 es un acto administrativo de carácter general, a partir de las pruebas aportadas se evidencia que para la implementación de este se dispuso que era necesaria la expedición de otros actos administrativos que sí generaban situaciones de carácter particular y concreto, tal y como la resolución número 0-2358 de 29 de junio de 2017 «Por medio de la cual se distribuyen los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación»,⁴ la cual se dispuso fuera notificada en la intranet de la entidad accionada, su página web y a cada servidor de la entidad mediante su dirección electrónica,⁵ constituyéndose en una oportunidad para que los funcionarios afectados por la reestructuración pudieran ejercer los mecanismos de defensa pertinentes.

Por ende, debe tenerse en cuenta que por la naturaleza de la acción de tutela no es procedente adelantar en el marco de la misma la discusión probatoria que las partes proponen, sino que esta debe agotarse en el escenario competente, esto es, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En segundo lugar, la Sala considera que debe confirmarse la decisión de la primera instancia porque teniendo en cuenta la naturaleza excepcional de la acción de tutela, la solicitud de amparo no cumple con los requisitos para que proceda como mecanismo transitorio de protección, en la medida que fue acreditado que al momento de efectuar su desvinculación, la Fiscalía General de la Nación no tenía conocimiento de las circunstancias

personales de la accionante que le hacían sujeto de especial protección constitucional.

Por una parte, la Fiscalía General de la Nación informó que en la historia laboral de la accionante «...no se encontró ningún documento donde informe la condición de madre cabeza de familia, como tampoco que padezca una enfermedad o discapacidad»⁶; y por otra parte, esta situación fue admitida por la accionante, quien en su solicitud de amparo reconoció que no reportó estas condiciones.

En relación con la discapacidad que padece, la accionante alegó que en el examen de ingreso que le realizó la entidad no quedó constancia sobre que padece un defecto congénito denominado «pie equinovaro», lo cual tampoco reportó por considerarlo innecesario dada su evidente condición.

En ese sentido, no hay discusión sobre que el personal encargado de reportar las condiciones de salud de la accionante al momento de su ingreso a la institución no informó que padece de un defecto congénito denominado «pie equinovaro»; ni sobre que a pesar de tener conocimiento de esta omisión, la accionante durante el tiempo que estuvo en la entidad tampoco realizó reporte alguno, aun y cuando se trata de una condición que le genera una discapacidad porque restringe su movilidad.

Por este motivo, la Sala considera que no hay elementos de juicio para predicar que la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales de la accionante cuando dispuso su desvinculación, ni podría exigirle en sede de tutela dar aplicación a los expresos mandatos constitucionales que obligan a otorgar una discriminación positiva que garantizara la estabilidad laboral de la accionante.

Igual acontece respecto de la condición de madre cabeza de familia, en relación con la cual la Corte Constitucional puntualmente mediante la sentencia T-316 de 2013 señaló que esta debe comunicarse al empleador. Se trata de una manifestación del principio de corresponsabilidad que le asiste a los padres en relación con los derechos que le asisten a

sus hijos menores de edad:

...acorde con la jurisprudencia constitucional, el fundamento constitucional de la protección debida a las madres -y padres- cabeza de familia, no obsta para que se tenga una actitud diligente y oportuna en procura de la protección del derecho; por el contrario, por tratarse de situaciones de las que depende el mínimo vital de sujetos de especial protección, se espera que la persona que se considere titular de dicha garantía despliegue acciones eficaces en pos de obtener el reconocimiento de su situación.

En esta ocasión se sigue el principio de decisión manifestado en la sentencia T-593 de 2006, en la que se concluyó que la protección prevista en el ordenamiento constitucional implica una carga en cabeza del sujeto interesado consistente en informar sobre su situación al empleador; en consecuencia, la omisión en comunicar dicha información releva a la entidad de realizar actos tendentes a efectivizar la garantía constitucional. (Textual).

En tanto la Fiscalía General de la Nación señaló que la accionante durante su vinculación no informó su condición de madre cabeza de familia, ni tampoco lo demostró en su solicitud de amparo o en su recurso de impugnación, no puede considerarse que hubo vulneración.

Así las cosas, y por cuanto la acción de tutela, dada su naturaleza subsidiaria y excepcional, no fue instituida como instancia adicional o alternativa para resolver aquellas solicitudes que por Ley fueron asignadas a otras autoridades, lo procedente es confirmar la improcedencia del amparo invocado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL - EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado.

2. NOTIFICAR a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.

3. Envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 199 y vto., cuaderno 1.

2 Folios 199 a 203, cuaderno 1.

3 Folios 215 a 221, cuaderno 1.

4 Folio 142, cuaderno 1.

5 Fiscalía General de la Nación, resolución 0-2358 de 29 de junio de 2017, artículo segundo. [En línea:]

https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/AA_Resolucion-02358-del-2017_06_29-Consolidada.pdf

6 Folio 152, cuaderno 1.