

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP5996-2018

Radicación N° 98204

Acta 143

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Procede la Sala a pronunciarse acerca de la impugnación interpuesta por el accionante PEDRO SIMÓN ESPINOSA CUERVO contra la sentencia de tutela de 9 de abril de 2018, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a través de la cual se negó por improcedente el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, salud, familia e igualdad, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

Fueron delimitados por el Tribunal a quo en los siguientes términos:

Manifiesta PEDRO SIMÓN ESPINOSA CUERVO que se encuentra vinculado a la Fiscalía General de la Nación como Técnico Investigador III del CTI desde hace 29 años, por lo que en diciembre de 2017 exigió el disfrute del periodo de vacaciones a partir del 25 de junio de 2018, en atención a la causación de las mismas entre el 8 de febrero de 2017 y el 7 de febrero del cursante año.

Refirió que la Subdirección Regional Central de la Fiscalía General de la Nación le informó

que no era posible acceder a la solicitud presentada, dada su integración al régimen de vacaciones colectivas 2018, por lo que aduce, le pretenden otorgar su descanso remunerado después de más de dieciocho meses de servicio sin justificación alguna.

Indica que los empleados adquieren la concesión del periodo de vacaciones remuneradas cada año, sin que sea necesario implementar una política de vacaciones colectivas, pues ello puede incrementar las enfermedades laborales.

Agrega que desde el momento en que se vinculó a la entidad accionada ha permanecido al régimen de vacaciones individuales, las cuales ha disfrutado en el mes de junio porque es el momento en que puede compartir con su familia y destinar la suma recibida por dicho concepto para cancelar la matrícula universitaria de uno de sus hijos.

Por último, señala que fue cambiado al régimen colectivo de vacaciones sin explicación alguna, destacando enseguida que el CTI tiene labores investigativas de manera permanente y para cumplir sus funciones no se base en el régimen de vacaciones colectivas de los jueces y fiscales.

En consecuencia, en amparo de los derechos fundamentales denunciados como transgredidos, solicita se ordene a las entidades accionadas que autoricen su descanso anual remunerado bajo el sistema de vacaciones individuales.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento de la acción, el a quo ordenó correr traslado de la demanda a la entidad accionada para que ejercieran el derecho de contradicción que les asiste:

Al respecto, se pronunció la Subdirectora Regional Apoyo Central de la Fiscalía General de la Nación, señalando que las vacaciones en la institución sufrió una transformación con el Decreto No. 021 del 9 de enero de 2014 «por el cual se expide el régimen de las situaciones

administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas», tema fue reglamentado con la expedición por parte del Fiscal General de la Nación de la Resolución No. 0-3161 del 10 de noviembre de 2017, donde se estableció que el disfrute de las vacaciones colectivas corresponderá al periodo causado y no concedido en la vigencia correspondiente, así como que se dejó en claro que los Directores Seccionales y los Subdirectores Regionales, eran los encargados de determinar y reportar qué servidores se registrarían por el sistema de vacaciones individuales dadas las necesidades del servicio.

Precisó que siguiendo los citados lineamientos, el 18 de diciembre de 2017, acorde con los listados reportados por la Dirección Sección, la Subdirección Regional de Apoyo Central expidió la Resolución 0691, por medio de la cual se establece el régimen de vacaciones individuales de los servidores adscritos a la Seccional Bogotá, en la vigencia 2017, dentro del cual no se incluye al funcionario PEDRO SIMÓN ESPINOSA CUERVO, lo cual precisa, se le explicó en correo electrónico el pasado mes de enero, en el que se relacionaron los fundamentos normativos ya referidos para haber tomado dicha decisión.

En ese sentido expuso la citada funcionaria, que la Fiscalía General de la Nación ha respetado el derecho del funcionario al descanso remunerado, incluso en vigencia del 2017 disfrutó de un periodo de vacaciones entre el 20 de junio y el 14 de julio de 2017, por lo que no podría señalarse que dicho derecho está siendo negado de manera injustificada.

Aclaró que el actor, causa sus vacaciones entre el 8 de febrero y el 7 de febrero del año siguiente, por lo que para la vigencia del año 2017 aún no tenía causado su periodo, es decir que solo podía disfrutarlas a partir del 31 de enero de la presente anualidad, por lo que de acuerdo a lo estipulado en el mencionado Decreto y resoluciones, solamente podría disfrutarlas en diciembre de 2018.

Finalmente, señaló que la tutela resulta improcedente, pues el demandante cuenta con

otros mecanismos de defensa para solicitar la protección de los derechos que considera transgredidos.

EL FALLO IMPUGNADO

Fue proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de abril de 2018, negando por improcedente el amparo constitucional deprecado, ante la subsidiaridad de la acción constitucional, pues el actor tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, como acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se demostró un perjuicio irremediable.

LA IMPUGNACIÓN

Notificado del contenido del fallo el accionante manifestó su voluntad de impugnarlo solicitando su revocatoria y el amparo invocado, pues insiste en señalar que el nuevo régimen de vacaciones colectivas le cercena su derecho de poder estar con su familia.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia el 9 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al ser su superior funcional, en actuación que vincula a la Fiscalía General de la Nación.
2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial

o si existe, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En este caso no hay duda que la censura constitucional que presenta PEDRO SIMÓN ESPINOSA CUERVO se dirige a cuestionar los actos administrativos por medio de los cuales se autorizó a algunos servidores de la Fiscalía General de la Nación para disfrutar del descanso anual remunerado bajo el sistema individual de vacaciones en el año en curso, en los que no se le incluyó, previo reporte de los Delegados, Directores Estratégicos y Nacionales, Subdirectores Regionales de la entidad por estricta necesidad del servicio, al considerar que con dicha decisión se le cercena su derecho a estar con su familia.

4. De entrada, advierte la Sala que el amparo constitucional que presenta el accionante resulta a todas luces improcedente, pues desconoce el presupuesto de subsidiariedad que rige el trámite de tutela, cuya naturaleza no es la de un recurso supletorio o alternativo de los mecanismos de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico para regular la protección de los derechos, y menos se constituye en la vía para soslayar las decisiones adoptadas en los trámites administrativos, más cuando el quejoso cuenta con la posibilidad de reclamar sus derechos por los cauces ordinarios, esto es, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para efectos de determinar si éstos comportan alguna lesión a sus garantías fundamentales, por ejemplo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de contenido particular y concreto de diciembre de 2017, a través de la cual no se le autorizó el descanso anual remunerado bajo el sistema individual de vacaciones.

La Corte Constitucional en sentencia T- 555 de 2004, en relación con la existencia de otros mecanismos ha sostenido:

En materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general: la acción de tutela es el último mecanismo judicial para la defensa de esos derechos, al que

puede acudir el afectado por su violación o amenaza sólo después de ejercer infructuosamente todos los medios de defensa judicial ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-568/94:

(...) Sobre el particular, debe reiterar la Sala la improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial, teniendo en cuenta el carácter de mecanismo excepcional concebido en defensa de los derechos fundamentales, con la característica de ser supletorio, esto es, que sólo procede en caso de inexistencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable – artículo 86 de la C.P. y artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Es más, el actor cuenta con la posibilidad de proponer la suspensión provisional del acto que considera lesivo de sus derechos, como medida cautelar que hace perder fuerza de ejecutoria, mientras se emite la decisión de mérito sobre la legalidad de aquél, de conformidad con el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo), el que en virtud del artículo 233 ibídem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda, todo para el reclamo de sus derechos.

Dentro del material probatorio, no obra prueba alguna de la que se pueda inferir que el demandante haya agotado alguno de tales medios judiciales para debatir la legalidad de los actos administrativos que le resultaron en desfavor, situación que desde ahora, pone de manifiesto la improcedencia de la acción de tutela por carencia del presupuesto de subsidiariedad.

No otra razón sino la voluntad de la accionante en obtener una interpretación diversa a la efectuada por la autoridad demandada, respecto de la no concesión de sus vacaciones de menara individual es la motivación que la alienta a acudir a la presente acción de amparo constitucional, reclamando la protección de derechos fundamentales cuya transgresión de entrada no se aprecia configurada; además porque conforme la respuesta dada por la

demandada se observa que fueron consideradas las normas sobre la materia, cuyo debate de legalidad se debe presentar ante el juez natural como ya se indicó.

5. Pero más allá de lo anterior, tampoco fue demostrado que las decisiones administrativas por medio de las cuales no se accedió a las peticiones del accionante sean arbitrarias o inconsultas, alejadas de la razonabilidad o constituyeran una franca vía de hecho, pues se sustentaron no solamente en lo dispuesto en el Decreto Ley 021 de 2014, sino en la resolución No. 0361 del 10 de noviembre de 2017, a través de la cual se reglamentó el sistema de vacaciones colectivas en la Fiscalía General de la Nación, donde de manera clara se estableció que a partir del mes de diciembre de 2017 las vacaciones de los servidores judiciales de la entidad se regirán por el sistema de vacaciones colectivas, periodo para el cual por cierto ni siquiera el demandante había causado su derecho.

6. De otra parte, no debe dejarse de lado, tal como surge de la interpretación del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de amparo resulta procedente cuando se configure la existencia de un perjuicio irremediable frente a los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que, aun existiendo un canal de protección judicial idóneo para protegerlos, la decisión de esta autoridad podría resultar inútil o tardía.

La Corte Constitucional, haciendo referencia a lo que debe considerarse como perjuicio irremediable, en sentencia T- 823 de 1999, ha sostenido que:

Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho. El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación

equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley. Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio. (Subrayas fuera del texto).

Aplicado lo anterior al caso objeto de análisis, es claro que con la actuación de la entidad demandada ningún daño antijurídico se le causa, pues la situación expuesta por ESPINOSA CUERVO no se encuentra prevista como aquellas que requieran protección especial y urgente, máxime cuando no está demostrada la configuración de un perjuicio irremediable, en tanto que lo único que se limitó a enseñar es que siempre ha disfrutado de su descanso remunerado en el mes de junio de cada anualidad para compartir con su familia y destinar el dinero percibido por tal concepto para cancelar la matrícula universitaria de uno de sus hijos, circunstancia que ni siquiera acreditó.

Así, no se puede dejar de lado que el interesado no demostró la existencia de una real afectación a sus garantías constitucionales, o alguna situación apremiante que exija el amparo, pues ni siquiera se le está negado el derecho a disfrutar de su descanso anual remunerado, por lo que no se aviene configurada alguna causa razonable para la protección constitucional así sea de manera transitoria, lo cual por cierto despeja cualquier infracción al derecho al trabajo.

7. Además, se descarta la presunta vulneración del derecho fundamental a la igualdad, porque ESPINOSA CUERVO no acreditó que a otra persona en condiciones similares a la suya, la Fiscalía General de la Nación le haya concedido vacaciones individuales, máxime cuando la garantía constitucional prevista en el artículo 13 de la Carta Política sólo puede predicarse cuando hay identidad entre los supuestos del hecho frente a los cuales se realiza la comparación, situación que el libelista se abstuvo de demostrar.

8. Así las cosas, no se observa arbitrariedad alguna en las decisiones administrativas

adoptadas por la accionada, ya que fueron debidamente soportadas en la normatividad aplicable y en las pruebas allegadas, y por ende, ningún reparo constitucional se puede realizarse al respecto.

9. Lo anterior, resulta más que suficiente para concluir en la improcedencia de la acción de tutela presentada por PEDRO SIMÓN ESPINOSA CUERVO, ante la carencia de presupuesto de subsidiariedad, sin que se hubiera demostrado la necesidad de una intervención transitoria por ausencia de un perjuicio de carácter irremediable.

En consecuencia, la decisión que se impone adoptar en esta sede es la confirmación del fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1.- Confirmar el fallo impugnado, conforme las razones expuestas.
- 2.- Notificar a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria