

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP7416-2018

Radicación n.º 98466

(Aprobación Acta No.180)

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por CHIARA CECILIA SANMARTÍN MENDOZA contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 4 de abril de 2018, con ocasión de la solicitud de amparo invocada contra la Fiscalía General de la Nación por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De la demanda de tutela y sus anexos se sabe que CHIARA CECILIA SANMARTÍN MENDOZA fue vinculada mediante resolución No. 01547 del dieciséis (16) de Mayo de 2016, en provisionalidad, como Asistente de Fiscal II en la Subdirección Seccional de Fiscalías de

Seguridad Ciudadana del Atlántico, posesionándose el primero de junio siguiente.

Para el 26 de Mayo de 2017 cuando la gestora gozaba de su licencia de maternidad, se expidió la Resolución No. 02357 del 29 de junio de 2017 que en aplicación del Decreto Ley 898 de 2017, suprimió algunos cargos, entre ellos el de la accionante; posteriormente al advertir que con ese acto administrativo se vulneraban derechos fundamentales, se emitió la Resolución 02371 de la misma fecha nombrándola en provisionalidad como Asistente de Fiscal III, cuyo titular era Víctor Manuel Quintero quien estaba en licencia por estar desempeñándose como fiscal local de la población de Malambo.

Luego se expidió la Resolución 02385 del 30 de junio de 2017 que modificó la No. 02357, indicando que se mantenían transitoriamente en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación los cargos suprimidos por el Decreto Ley 898 de 2017, «por el término comprendido entre el periodo de gestación y la finalización de la licencia de maternidad de sus titulares», enunciando entre ellos a la hoy accionante.

Se indica que Víctor Manuel Quintero a quien reemplaza CHIARA CECILIA SANMARTÍN MENDOZA renunció a la carrera administrativa, por lo que en la actualidad el cargo se encuentra vacante y no ha sido provisto por convocatoria alguna, pese a ello refiere la actora que el 12 de marzo pasado mediante llamada telefónica de una funcionaria de la Subdirección de Apoyo a la Gestión se le informó que hasta el día anterior había laborado y que debía pasar a notificarse de la decisión, sin que exista acto administrativo en ese sentido.

Por ese motivo acude a la acción de amparo argumentando ser madre cabeza de familia por tener tres hijos menores de edad que dependen de su salario porque no convive con los padres de aquellos, que su desvinculación afecta derechos constitucionales susceptibles de protección a través de la acción de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió: (i) levantar la medida provisional mediante la cual ordenó a la accionada abstenerse de retirar del cargo a SANMARTÍN MENDOZA, (ii) declaró improcedente el amparo invocado al considerar que el oficio No. 31400000566 del 14 de marzo de 2018 a través del cual el Subdirector Regional de Apoyo Caribe adujo el “cumplimiento de la condición resolutoria” contenida en resoluciones 02371 y 02385 de 2017; era susceptible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a la luz del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

En lo atinente a la condición de madre de cabeza de familia precisó que no se daban los presupuestos para catalogarla como tal porque solo allegó los registros civiles de sus hijos, que aunque argumentó no convivir con el padre de aquellos, no demostró que estuvieran en imposibilidad de cumplir con la obligación alimentaria y que en todo caso, la accionante podía ejercer su profesión de abogada para proveerse su sustento y el de su familia.

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la anterior decisión reiterando argumentos similares a los de la demanda de tutela y señaló que el Tribunal erró en la interpretación de los actos administrativos porque aceptó la tesis de la fiscalía consistente en que, ante la renuncia de Víctor Manuel Quintero a quien ella remplazaba, el cargo quedaba en vacancia definitiva y daba lugar a su desvinculación; lo que a su juicio, resulta contrario a la ley y la jurisprudencia porque tiene derecho a permanecer hasta cuando el titular tome posesión; de donde se infiere que no existió condición resolutoria alguna como lo manifestó el A quo y que no es acertado señalar que la ley permite desvincular a quien se encuentre en provisionalidad por la renuncia del titular del cargo.

Que conforme lo tiene entendido la jurisprudencia constitucional en Sentencia SU-054 de 2015 el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado, presupuesto que aquí o se acreditó; que adicionalmente hay inconsistencias en el análisis de su condición de madre

cabeza de familia porque es evidente que se encuentran vulnerados los derechos a la seguridad social, mínimo vital y los derechos de los niños.

En consecuencia solicitó mantener la medida provisional que levantó el Tribunal, toda vez que la Fiscalía ha fijado su “propio termino de duración de los nombramientos en provisionalidad”, lo que es contrario a los derechos que le asisten.

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 Barranquilla.

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 mantener en el cargo de asistente de Fiscal III, en provisionalidad a la accionante, porque al haber renunciado la persona a la que ella reemplazaba, automáticamente le asiste el derecho de permanecer en él hasta que se provea por convocatoria.

Desde ahora la Sala verifica, al igual que lo hizo el Tribunal en su condición de Juez de tutela de primera instancia, que la accionante puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, escenario natural para revisar la legalidad del oficio No. 31400-00565 del 14 de marzo de 2018 donde se le informó la consolidación de la condición resolutoria, lo que daba lugar a su desvinculación de la Fiscalía General de la Nación en el cargo para el cual había sido nombrada en provisionalidad.

Asimismo, ante esa jurisdicción también podrá concurrir –si lo estima pertinente-, a cuestionar las Resoluciones No. 02357 y 02371 del 29 de junio de 2017 02371 y la No. 02385 de 30 de junio de 2017 que modificó la No. 02357, que ordenó mantener

transitoriamente a la accionante en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.

Será en ese escenario donde CHIARA CECILIA SANMARTÍN MENDOZA podrá exponer las razones que ahora aduce, como que debió motivarse el oficio que dio por terminada su vinculación con la Fiscalía General de la Nación, y como que no puede aceptarse la tesis de la accionada consistente en que, ante la renuncia de Víctor Manuel Quintero a quien ella remplazaba, el cargo quedaba en vacancia definitiva y daba lugar a la culminación de la relación laboral; pues a juicio de la actora, esa situación le otorgaba automáticamente el derecho de permanecer hasta que fuera ocupado por convocatoria; temas éstos que deberán ser evaluados en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es necesario precisar que ésta acción constitucional no es una tercera instancia, ni tampoco mediante ella se puede suplantar al juez natural al interior del proceso administrativo y menos aún desconocer que las resoluciones emitidas por la Fiscalía General de la Nación y cuestionadas por la accionante son actos que gozan de presunción de legalidad, conforme se señala en la Ley 1437 de 2011 que al efecto indica:

ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Por lo tanto, la acción de tutela no puede constituirse en un mecanismo de defensa alternativo a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico contra los actos administrativos, por lo cual debe aplicarse el criterio expresado por la Corte Constitucional, Corporación que en sentencia T-030 de 2015 puntualizó:

La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los

suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

Véase además que la parte accionante no demostró la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad del amparo, para que la acción de tutela operara como mecanismo transitorio de protección. Si bien indica que es madre de tres menores de edad que dependen de su salario, aquellos cuentan con sus progenitores, quienes en virtud del principio de corresponsabilidad deben brindar el auxilio necesario, conforme a sus deberes legales, en caso de que su madre no pueda realizarlo temporalmente.

De manera que, como 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

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria