

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP7694-2019

Radicación n.º 104568

(Aprobado Acta n.º 132)

Bogotá, D.C., seis (06) de junio de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Gloria Cecilia Gómez Cortés, quien acude a través de apoderada judicial, frente a la decisión proferida el 11 de abril de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta contra la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, por la presunta vulneración de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social.

Al presente trámite fue vinculada la Administradora Colombiana de Pensiones [COLPENSIONES].

ANTECEDENTES

1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

[...] Se informó en el libelo que Gloria Cecilia Gómez Cortés mediante Decreto No. 0227/15 fue nombrada en provisionalidad para ejercer el cargo de Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Milán (Italia), del cual tomó posesión el 15 de abril de 2015, cumpliendo cabalmente sus funciones. Mediante Decreto 241 del 19 de febrero de 2019, por parte de la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores se dispuso su retiro del servicio, otorgándole un plazo de dos (2) meses para la dejación del cargo.

3. Preciso que con ocasión a incapacidad médica generada el 25 de febrero de 2019 bajo el diagnóstico “polimalgia”, el 7 de marzo siguiente informó de su situación al Secretario de la Cancillería solicitando aplazar su desvinculación dado el problema de salud, y porque se encuentra próxima a adquirir pensión de vejez. El 22 de febrero anterior también comunicó de su calidad de prepensionada a la Dirección de Talento Humano del Ministerio demandado. Además, actualmente cuenta con 59 años de edad.

4. Según el demandante, Gómez Cortés completa 1287,4 semanas cotizadas en la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en tanto para el momento en que deje el cargo (19 de abril de 2019), le faltan 9 semanas para acceder a la pensión en el régimen de prima media con prestación definida (1300 semanas).

4. Por lo anterior, agregó que el retiro del cargo la expone a situación de

vulnerabilidad y afecta su mínimo vital y el de su familia. En consecuencia, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, seguridad social; por tanto, ordenar como mecanismo transitorio suspender los efectos del Decreto número 241 del 19 de febrero de 2019, hasta que la actora complete el número de semanas mínimo para el reconocimiento de su pensión y sea incluida en nómina.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente el amparo al considerar que la accionante tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para cuestionar el acto administrativo mediante el cual se le retiró del servicio como Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, adscrita al Consulado General de Colombia en Milán (Italia).

Resaltó que la parte actora no logró demostrar que esté en una circunstancia apremiante que requiera la intervención del juez constitucional para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

LA IMPUGNACIÓN

Gloria Cecilia Gómez Cortés, por conducto de abogado, presentó memorial con el que reiteró los planteamientos de la demanda e indicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para salvaguardar sus prerrogativas, si en cuenta se tiene que la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo, dada la alta congestión judicial, puede durar hasta 1 año, tiempo que no se compadece con la urgencia de completar el número de semanas para adquirir la pensión.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social de la interesada, por ser desvinculada, sin que, al parecer, se tuviera en cuenta que contaba con una estabilidad laboral reforzada.

Para resolver, previamente se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus garantías.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial¹.

2.1. En el presente asunto, se tiene que Gloria Cecilia Gómez Cortés se encuentra inconforme con la decisión tomada por las autoridades accionadas, mediante la cual resultó retirada del servicio como Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, adscrita al Consulado General de Colombia en Milán (Italia), sin que, al parecer se tuviera en cuenta que gozaba de una estabilidad laboral reforzada.

Al respecto, se observa que razón le asistió al A quo cuando indicó que la parte actora se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar dicha actuación, ya que es claro que

el camino al que debe concurrir es a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable², el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la actora es el juez de lo contencioso administrativo, quien podrá anular la decisión mediante la cual se ordenó su desvinculación del cargo que venía desempeñando en la Cancillería de Colombia y así restablecer el derecho; además, cuenta con la posibilidad de solicitar, la suspensión de la misma, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del canon 233 ejúsdem, se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015, señaló:

[...] La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe

además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código -al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad del amparo, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las

inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido conocer frente a la legalidad de los cuestionados actos administrativos.

3. Nótese que las autoridades accionadas manifestaron que desvincularon a la accionante de conformidad con lo establecido en el Decreto 274 de 2000, según el cual, el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no puede exceder de 4 años.

No obstante, la parte actora considera que no debió emitirse dicho acto administrativo, en virtud a su estado de salud y al ostentar la condición de prepensionada.

3.1. Bajo ese panorama, se considera que la acción de tutela no puede entrar a resolver conflictos de «evidente complejidad técnica y legal», pues el debate debe darse ante la justicia especializada [Jurisdicción Contenciosa Administrativa]. Al respecto, la Corte constitucional, en sentencia CC T-976-2010, señaló:

Sólo en la hipótesis que, una vez agotado el mecanismo ordinario ante la jurisdicción competente, los afectados consideren que éste no fue eficaz para proteger adecuadamente sus derechos constitucionales, podrían eventualmente acudir a la acción de tutela, caso en el cual sería necesario verificar si concurren, para ese momento, los requisitos genéricos de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para las tutelas contra providencias judiciales.

De tal manera que toda la discusión en torno a si la peticionaria tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, no puede resolverse mediante este instrumento sumario de tutela, en la medida que el conflicto entraña un carácter claramente litigioso donde debe descartarse la posición del Ministerio de Relaciones Exteriores, quienes consideran que obraron conforme a derecho y que no están obligados a mantener vinculada a aquélla.

En ese sentido, la postura que se expone en el libelo es la visión particular de la accionante

que se contrapone a la de las partes demandadas, que igualmente se aprecia justificada. Siendo así, entonces, en el presente caso no existe una evidencia contundente, clara y directa, de que los entes accionados hubiesen actuado de manera completamente arbitraria o caprichosa, y, en esos términos, tal litigio está alejado de la competencia del juez de tutela y debe surtirse por los cauces normales de la vía ordinaria, donde las partes tendrán mayores garantías procesales para efectos de debatir sus posiciones fácticas y jurídicas.

Aunado a lo anterior, resulta importante precisar que, aunque la actora demanda la procedencia del presente amparo sobre la base de sus condiciones de salud, tal pretensión no es de recibo toda vez que la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que existen unos lineamientos generales de procedencia de la acción, que hacen las veces de presupuestos previos a través de los cuales se determina la viabilidad del examen constitucional. Por tanto, si no se acreditan los mismos, como ocurre en el caso sub examine (al no agotar todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial), la tutela resulta improcedente y no le es dable a la Sala entrar a decidir de fondo las censuras elevadas.

Ahora, no desconoce esta Sala que según la jurisprudencia nacional, la exigencia del requisito de subsidiariedad puede tener excepciones, por ejemplo, por el grave estado de salud, sin embargo, dicha situación no fue acreditada por la actora, quien a pesar de remitir el diagnóstico de su médico tratante no le demostró al juez constitucional la gravedad de su patología.

Tampoco probó la afectación de su mínimo vital, cuestión que no puede suponer el juez constitucional, pues «...la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales por parte de la demandante no es suficiente para amparar los derechos invocados, la Sala concluye que la presente acción es improcedente.» (C.C. T-187/09), máxime si se observa que según lo señalado por el Ministerio demandado, de acuerdo con los certificados de ingresos y retenciones de la DIAN, la interesada tiene los recursos

económicos suficientes para solventar su subsistencia y su esposo³ es empleado de la Gobernación del Huila.

Por las anteriores consideraciones se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

2 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...) Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

3 A pesar de que la accionante refiere que su cónyuge depende económicamente de ella, lo cierto es que no allegó ninguna prueba que demuestre que aquél ya no trabaja al servicio de dicho ente territorial.