

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP3889- 2021

Radicado 115012

Acta No.47

Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por OBED CÁCERES TAMAYO, en contra de la sentencia del 25 de enero de 2021, emitida por la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca (Arauca), por medio de la cual se negó la acción de tutela interpuesta por el prenombrado en contra del Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad.

Adicional a la autoridad demandada, al trámite fueron vinculadas las siguientes autoridades y entidades: (i) la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta - Arauca; (ii) la E.P.S. Medimás y (iii) la A.F.P. Porvenir.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el escrito de tutela, mediante concurso de méritos, OBED CÁCERES TAMAYO tomó posesión del cargo de escribiente en el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca, el 19 de octubre de 2009. Casi 10 años después, el 28 de mayo de 2019, el actor sufrió un accidente mientras practicaba ciclismo aficionado, lo

que le implicó una fractura en la epífisis del húmero izquierdo y le dificultó gravemente la movilidad en ese brazo.

Desde ese momento, él ha presentado diversas incapacidades discontinuas que le han impedido acudir a trabajar de manera normal a la ciudad de Arauca, máxime cuando él vive en la ciudad de Cúcuta y la E.P.S. Medimás no tiene contratos con ninguna I.P.S. en la ciudad de Arauca. Producto de lo anterior, el Juzgado accionado ha emitido diversos actos administrativos que le reconocen sus incapacidades y, atendiendo a que solo algunos de esos le han sido debidamente notificados, el 11 de agosto de 2020 le solicitó a la precitada autoridad copia de la totalidad de su expediente administrativo.

El accionante insistió en su petición el 19 de agosto y el 19 de octubre de 2020, dado que solo le había mandado copia de algunos actos administrativos. El 4 de noviembre de 2020 insistió por tercera vez y, en esa ocasión, la Secretaría del Juzgado demandado le comunicó que había varios actos administrativos que no se habían generado por falta en los respectivos soportes. Esta situación le sembró dudas a CÁCERES TAMAYO, quién concluyó que lo que ocurría era que el Juzgado 1º Penal del Circuito ya no era su autoridad nominadora.

Dado lo anterior, el 27 de noviembre, OBED CÁCERES TAMAYO le solicitó a la Secretaría del Juzgado que le informara quién era su nuevo nominador, para enviarle las incapacidades que le había generado recientemente. El 9 de diciembre siguiente fue contestada su solicitud, pero no de fondo. A continuación, el 10 de diciembre, le fue notificado el Auto de inicio de una actuación de declaratoria de insubsistencia por abandono del cargo, que, a juicio del accionante, no indica cuáles son las normas que lo soportan.

Al margen de todo lo anterior, señaló que aún no le han comunicado todos los Actos Administrativos que se han emitido con ocasión de sus incapacidades, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales de petición y debido proceso. En consecuencia,

solicitó que se le ordene al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca que procediera a remitirle la totalidad de su expediente administrativo y que suspenda, de manera transitoria, el procedimiento de declaratoria de insubsistencia.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

1. Por auto del 14 de enero de 2021, la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca admitió la presente acción de tutela y ordenó que se corriera el correspondiente traslado a las partes demanda y vinculadas.
2. El Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca señaló que, en efecto, OBED CÁCERES TAMAYO es escribiente nominado de ese Despacho desde el 10 de septiembre de 2009, cuando fue nombrado en ese cargo en propiedad. Reconoció que el actor tuvo un accidente el 28 de mayo de 2019 y que lleva presentando incapacidades discontinuas desde entonces.

Recordó que el 13 de agosto de 2020, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta emitió la Resolución DESAJCUR20-2130, mediante la cual se ordenó suspender el auxilio económico del actor, en tanto ya había reportado más de 180 días de incapacidad y, por Ley, le correspondía a la A.F.P. cubrir las incapacidades subsiguientes que se generaran. En cualquier caso, señaló que en dicho Acto Administrativo se mencionó que el actor deberá seguir remitiendo sus incapacidades al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca, para “conocimiento y sustento de su situación”, en razón al cargo que ocupa en dicho estrado judicial.

Sin embargo, a la fecha de apertura del incidente de declaración de insubsistencia por abandono del cargo -esto es, el 9 de diciembre de 2020-, OBED CÁCERES TAMAYO había allegado incapacidades hasta el 13 de noviembre, lo que implicaba que no estaba justificada su ausencia laboral por un término cercano al mes. Igualmente, indicó que, previamente, al accionante se lo requirió varias veces para que allegara las incapacidades que justificaran su

ausencia hasta la fecha de apertura del incidente.

Añadió que no fue sino hasta el 17 de enero de 2021 que OBED CÁCERES TAMAYO allegó la totalidad de las incapacidades que justificaban su ausencia hasta el 15 de enero. En todo caso, solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que, si bien ya se allegaron varias incapacidades, el actor aún no ha hecho uso de los recursos ordinarios que contempla la Ley para controvertir el acto de apertura del incidente de insubsistencia por abandono del puesto.

3. La E.P.S. Medimás, por su parte, solicitó ser desvinculada del presente trámite constitucional, por considerar que sobre ella opera el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto ella no le ha negado ningún servicio a OBED CÁCERES TAMAYO.

4. Por su parte, la A.F.P. Porvenir indicó que, a la fecha de presentación del respectivo informe, el actor no había realizado ninguna solicitud para el pago de incapacidades, ni había recibido concepto de parte de la E.P.S. que permitiera determinar si su dolencia tiene pronóstico favorable de recuperación y si el mismo es de origen común. Por lo anterior, al no evidenciar vulneración alguna de los derechos fundamentales de OBED CÁCERES TAMAYO por parte de esa entidad, solicitó que el presente trámite de amparo sea declarado improcedente, en lo que tiene que ver con la vinculación de la A.F.P. Porvenir.

5. Por autos del 21 y del 25 de enero de 2021, el Tribunal a quo requirió al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento para que aportara copia de la totalidad del expediente y la hoja de vida que corresponde al accionante. Igualmente, se requirió a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta para que se pronunciara al interior del proceso constitucional. En cumplimiento de dichos autos, el Juzgado accionado remitió los documentos solicitados.

6. En respuesta extemporánea, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial

de Cúcuta – Arauca, a través de apoderado, solicitó ser desvinculada del presente trámite de tutela por considera que sobre ella se configura el fenómeno de la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no le corresponde inmiscuirse en las relaciones que tienen los empleados judiciales con sus nominadores. De igual forma, indicó que todo su actuar se ha realizado con apego a la Ley.

7. Visto lo anterior, en sentencia del 25 de enero de 2021, la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca resolvió declarar improcedente la acción de tutela instaurada por OBED CÁCERES TAMAYO con fundamento en dos circunstancias: (i) frente al derecho fundamental de petición, alegó que el actor no remitió copia de las peticiones enviadas ni de las respuestas recibidas, por lo que era imposible compararlas con el objeto de determinar si se había contestado de fondo y (ii) con respecto al derecho al debido proceso administrativo, consideró que esta tutela no cumple con el principio de subsidiariedad, pues el actor no acreditó haber agotado previamente los recursos y mecanismos de defensa ordinarios que caben en contra del acto que abre el incidente de declaratoria de insubsistencia por abandono del cargo.

8. Inconforme con la decisión anterior, OBED CÁCERES TAMAYO impugnó la sentencia del 25 de enero de 2021, en escrito en el que manifestó que no pudo aportar prueba de las peticiones en razón a que aún se encuentra incapacitado. Igualmente, señaló que la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca pasó por alto que a él todavía no le han informado la razón por la cual dejaron de reconocerle las licencias por enfermedad que le venían emitiendo hasta el 14 de agosto de 2020, ni que el Juzgado accionado tampoco le ha informado qué autoridad pasó a ser su nominadora. Por último, resaltó que la razón por la que dejó de remitir los certificados de incapacidad estriba, precisamente, en el hecho de que el estrado demandado dejó de emitir las resoluciones que le reconocían las precitadas licencias.

9. La impugnación le fue concedida mediante auto del 3 de febrero de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para desatar la alzada, por cuanto la decisión sobre la que recae fue proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.
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 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 se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
3. Vistos los antecedentes que obran al interior de este expediente, considera la Sala que debe entrar a determinar si está demostrada la vulneración de los derechos fundamentales de petición y debido proceso de OBED CÁCERES TAMAYO con ocasión de las actuaciones administrativas que ha adelantado el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca en relación con las incapacidades que el actor ha venido presentando desde mayo de 2019.

Al respecto, la Corte encuentra que, en efecto, OBED CÁCERES TAMAYO fue suspendido de la nómina de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta- Arauca, por cuanto ha presentado más de 180 días de incapacidad y, de acuerdo con el régimen legal aplicable¹, le corresponde a la Administradora del Fondo de Pensiones a la cual él se encuentra afiliado continuar con el reconocimiento del respectivo subsidio por incapacidad. Ello quiere decir que, en atención a que no puede haber una persona vinculada formalmente, pero que se encuentre excluida del pago de nómina (salvo el caso de las licencias no remuneradas), el actor, en efecto, debió haber sido suspendido de su cargo, hasta tanto pueda volver a reintegrarse o hasta que le reconozcan una pensión por

invalidéz.

Esto fue exactamente lo que hizo el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca mediante la Resolución No. 031 del 18 de agosto de 2020, mediante la cual nombró en provisionalidad, en el cargo que ocupa el accionante en propiedad, a Brenda Lisseth López Cetina, “hasta cuando se produzca el reintegro del señor OBED CÁCERES TAMAYO (...)”. Ello implica que, en efecto, no es necesario seguir emitiendo resoluciones que le reconozcan al actor licencias por enfermedad, pues su situación administrativa actual es diferente: él no se encuentra en licencia, sino que su nombramiento ha sido suspendido.

Esta es la razón por la cual el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca ha dejado de emitir las resoluciones que le reconocían la licencia por enfermedad y, de acuerdo con el dicho del propio OBED CÁCERES TAMAYO, esta situación le fue explicada por la Secretaría del Juzgado accionado², sin que él se haya visto satisfecho con la explicación dada. Por lo anterior, sin mediar justificación aparente alguna, el actor simplemente concluyó que lo que debía ocurrir es que el Juzgado accionado ya no era su autoridad nominadora, por lo que, según su dicho, requirió a dicho estrado para que le indicaran cuál era su nueva entidad nominadora³.

Al respecto se debe indicar que, al margen de lo infundada e irracional que resulta ser esa conclusión, lo cierto es que la no emisión de resoluciones que reconozcan la licencia por enfermedad del actor nada tiene que ver con la competencia nominadora del Despacho accionado, sino con el hecho de que la situación administrativa de OBED CÁCERES TAMAYO no permite que a él se le sigan reconociendo licencias remuneradas por enfermedad⁴, en tanto que su nombramiento se encuentra suspendido y las reclamaciones económicas por las incapacidades subsiguientes se deben presentar ante la Administradora del Fondo de Pensiones a la cual el actor se encuentra afiliado, dado el origen común de la enfermedad, tal y como ya fue indicado.

5. Por lo demás, encuentra esta Corte que, en efecto, vista la situación administrativa de OBED CÁCERES TAMAYO, no se observa que el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento esté incurriendo en actos u omisiones que constituyan vulneraciones a los derechos fundamentales del accionante. Ello por cuanto, frente al derecho fundamental de petición del actor, estima la Sala que el mismo no se ha visto vulnerado, en tanto según su propio dicho, a CÁCERES TAMAYO le han contestado sus solicitudes, solo que no de la forma que él esperaba.

En cualquier caso, es pertinente afirmar que, si bien el accionante realiza una serie de negaciones indefinidas que, por su propia naturaleza, son imposibles de probar, lo cierto es que esas negaciones se fundamentan en una serie de afirmaciones que sí deben ser demostradas. Por ejemplo, al afirmar “la autoridad x no contestó mi petición”, se presupone que existe una petición, y que esta le fue debidamente comunicada a la autoridad requerida. Esta suposición, que soporta la negación indefinida, puede y debe ser demostrada por quién la alega -en este caso, OBED CÁCERES TAMAYO- mediante el aporte de los documentos en donde consten las referidas solicitudes.

Al no haber aportado dichos documentos, es imposible para el Juez de tutela tener por acreditada la existencia misma la solicitud, ni es posible cotejarla con la eventual respuesta que le pudieron haber dado a la misma, con la finalidad de establecer si la petición fue contestada de fondo. Así, por no haber demostrado que el accionante solicitó copia de la totalidad del expediente administrativo que obra en el Despacho del Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, esta Corporación encuentra que es imposible amparar el derecho invocado y, en consecuencia, confirmará la decisión del a quo en ese punto.

6. Por último, de cara a la presunta vulneración del derecho al debido proceso administrativo de OBED CÁCERES TAMAYO, por la emisión de un Acto Administrativo de apertura de incidente de declaratoria de insubsistencia por abandono del cargo, debe

indicar la Sala que se corre con la misma suerte que con respecto al cargo anterior, por desconocimiento del derecho de petición. En efecto, tal y como lo afirmó el Tribunal a quo, el actor cuenta con los recursos y mecanismos ordinarios que establece la legislación administrativa para controvertir el contenido de dicha decisión, y debería acudir a ellos antes de interponer una acción de tutela, en aplicación del principio de subsidiariedad.

De todas formas, es pertinente recordarle al actor que el hecho de que su nombramiento se encuentre suspendido, no significa que él no tenga que seguir acreditando sus incapacidades ante el Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca, tal y como lo dispuso la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cúcuta - Arauca en la Resolución DESAJCUR20-2130 del 13 de agosto de 2020, toda vez que el accionante tiene el deber de reintegrarse a su cargo si en algún momento le dejan de prescribir esas incapacidades. Ello por cuanto el hecho de que su nombramiento esté suspendido, no significa que él no siga vinculado laboralmente con el Juzgado accionado.

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia impugnada y, adicionalmente, se exhortará a OBED CÁCERES TAMAYO para que le siga remitiendo al Juzgado 1º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca todas las incapacidades que en el futuro le sean emitidas con ocasión de su accidente, hasta tanto él pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o se le reconozca una pensión de invalidez.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2 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

1. CONFIRMAR la sentencia del 25 de enero de 2021, emitida por la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca (Arauca), por medio de la cual se resolvió negar la acción de tutela elevada por OBED CÁCERES TAMAYO en contra del Juzgados 1º Penal del Circuito con

Funciones de Conocimiento de la ciudad precitada.

2. EXHORTAR a OBED CÁCERES TAMAYO para que siga remitiendo al Juzgado accionado todas las incapacidades que en el futuro le sean emitidas con ocasión de la lesión ocasionada por el accidente del 28 de mayo de 2019, hasta tanto pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o sea definitivamente desvinculado con ocasión del reconocimiento de una pensión de invalidez.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO QUINTERO BERNATE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Inciso 5º del artículo 41 de la Ley 100 de 1993: “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la

Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.”

2 De acuerdo con el escrito de tutela “(...) lo que ese mismo día me es informado por Secretaría [4 de noviembre] es que no hay lugar a generarlos y que por ello no se me ha notificado ni se me notificará Acto Administrativo alguno (...)”. Cabe agregar que fue a partir de ese día en que el accionante dejó de remitir las incapacidades al Juzgado accionado.

3 De acuerdo con el escrito de tutela “[d]ebo a lo aseverado por la señora secretaria, presumí que el señor juez dejó de ser mi nominador (...)”.

4 Al tenor del numeral segundo del artículo 135 de la Ley 270 de 1996, la licencia de incapacidad por enfermedad es una licencia remunerada.