



## Sentencia 00538 de 2017 Consejo de Estado

FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

[E]n el caso bajo estudio debe flexibilizarse el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, pues él [actor] se encuentra en una situación de discapacidad (...) está plenamente demostrado que el accionante tiene neuropatía mixta de miembros superiores e inferiores, como se consignó en las constancias rendidas por el director de Licencias Médicas de la E. P. S. Sanitas y el médico [L.P.S.] y en el concepto médico ocupacional (...). De igual manera, está acreditado que (...) tiene una condición de discapacidad permanente que limita la movilidad, de conformidad con la certificación de la Unidad de Cuidados Paliativos Presentes (...) si bien es cierto el [actor] cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, también lo es que es un sujeto de especial protección constitucional, por lo cual es necesario realizar un examen menos riguroso del principio de subsidiariedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 47 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / SOLICITUD DE TELETRABAJO POR GRAVE ESTADO DE SALUD - Exige estudio de cada caso en particular

[El actor] solicitó que se le permitiera trabajar mediante la modalidad de teletrabajo y fundamentó su petición en las patologías que padecía. Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la Procuraduría en el sentido de sostener que no conocía el estado de salud del accionante. Ahora, si consideró necesario el soporte de su estado de salud, debió solicitarlo así al momento de analizar si era posible acceder a su petición. No obstante, la entidad en ningún momento remitió la solicitud al Comité, a pesar de que lo comunicó así al ahora accionante mediante la respuesta del 5 de octubre de 2016, y mucho menos requirió mayor información en relación con las patologías del [actor], sino que se limitó a dejar de emitir una respuesta de fondo, aun cuando el programa de teletrabajo fue implementado en la entidad el 13 de enero de 2017 (...) el 23 de marzo del año en curso el accionante solicitó al viceprocurador general de la Nación continuar trabajando en la modalidad de teletrabajo (...) y no se emitió respuesta alguna, sino que, en su lugar, se profirió la resolución de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del aquí accionante. (...) el hecho de que el accionante haya indicado en una de las solicitudes que pedía autorización para continuar en una modalidad similar al teletrabajo o que no haya estado dentro de las 13 personas seleccionadas para desarrollar sus funciones mediante el teletrabajo, no implica que la entidad pudiera abstenerse de analizar su caso particular y brindarle las condiciones necesarias para que pudiera ejercer su cargo, máxime cuando él [actor] puso de presente su situación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No.: 25000-23-000-2017-00538-01(AC)

Actor: J.H.V.R.

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la impugnación presentada por la Nación - Procuraduría General de la Nación contra la sentencia del 3 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B.

HECHOS RELEVANTES

a. Declaratoria de insubsistencia

El señor J.H.V.R. informó que el 7 de julio del 2003 ingresó a la Procuraduría General de la Nación y que posteriormente fue autorizado para

ejercer sus funciones en la modalidad de teletrabajo.

Así mismo, indicó que el 23 de marzo de 2016 solicitó al viceprocurador general de la Nación su autorización para continuar trabajando en la mencionada modalidad.

Sostuvo que a través del Decreto 1825 del 28 de marzo de 2017, el procurador general de la Nación declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de asesor grado 25.

Igualmente, comunicó que es una persona con discapacidad permanente que tiene limitada su movilidad, pues padece de neuropatía mixta de miembros superiores e inferiores, como fue certificado en el examen médico ocupacional de egreso del 4º de abril del año en curso, lo cual fue consecuencia de haber sufrido cáncer.

**b. Inconformidad**

Consideró que la Nación – Procuraduría General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la no discriminación y a la protección de la estabilidad laboral reforzada al declarar insubsistente su nombramiento, sin tener en cuenta su grave estado de salud.

**PRETENSIONES**

Solicitó ordenar a la Procuraduría General de la Nación reintegrarlo de forma inmediata al cargo de asesor grado 25 que desempeñaba hasta el 28 de marzo del 2017 en las mismas condiciones laborales que tenía al momento de la declaratoria de insubsistencia, incluyendo la modalidad de teletrabajo.

Igualmente, requirió ordenar a la entidad abstenerse de trasladarlo fuera de la ciudad de Bogotá para el desempeño de sus funciones, debido a su condición de persona con discapacidad y de tomar medidas de retaliación en su contra.

**CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO**

Procuraduría General de la Nación (ff. 44-59)

El asesor de la Oficina Jurídica, Á.A.T.A., indicó que en la hoja de la vida del actor no consta ninguna discapacidad, más allá de las incapacidades por enfermedades generales, por lo que sólo hasta el momento en que la entidad fue notificada de la presente acción tuvo conocimiento de la situación.

Igualmente, señaló que el programa piloto para la implementación del teletrabajo en la entidad inició con la expedición de la Resolución 037 del 20 de enero de 2015 y se autorizaron únicamente a 13 trabajadores, dentro de los cuales no se encuentra el accionante.

En cuanto a la solicitud del accionante de continuar con el teletrabajo presentada el 8 de septiembre de 2016, expresó que el 5º de octubre de 2016 se le informó que el programa piloto de teletrabajo terminó el 10 de julio de 2016, por lo que una vez se comenzara su implementación la solicitud sería presentada al Comité de Coordinación y Seguimiento.

Agregó que cualquier actividad desarrollada como teletrabajo por el accionante se realizó por fuera de los términos reglados por la Procuraduría o como producto de un acuerdo con su jefe inmediato.

En lo relativo a la petición presentada el 23 de marzo de 2017, expuso que al declararse insubsistente el nombramiento no había lugar a dar una respuesta sobre el teletrabajo.

Adicionalmente, puso de presente que el señor J.H.V. cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo de insubsistencia y no demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Así mismo, afirmó que el cargo desempeñado por el accionante es de libre nombramiento y remoción, por lo cual aquel podía ser retirado del servicio mediante acto discrecional no motivado.

Por último, expuso que el señor Valencia no goza de una estabilidad laboral reforzada, pues no ha sido calificada su pérdida de capacidad laboral.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 3 de mayo 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B amparó los derechos fundamentales a la vida digna, trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos:

“1. Se declara la INEFICACIA del Decreto 1825 de 28 de marzo de 2017 expedido por el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

2. Se AMPARA como mecanismo transitorio la situación del actor, por violación de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la vida digna de J.H.V.R., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3. Se ORDENA al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, adelante las actuaciones administrativas necesarias para que realice el reintegro del señor J.H.V.R. al cargo que venía desempeñando en la ciudad de Bogotá, o a otro equivalente, que sea compatible con las condiciones de salud en las que se encuentra el actor, y si es del caso, se lo vincule al programa teletrabajo, hasta tanto la jurisdicción contencioso-administrativa defina la situación jurídica del memorialista en sentencia ordinaria, o que se presenten circunstancias que ameriten su remoción por una causa legal.

4. Se ADVIERTE a J.H.V.R., que en tanto el amparo se concede como mecanismo transitorio, él deberá presentar en un término no mayor a 4 meses ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la correspondiente demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Decreto 1825 de 28 de marzo de 2017. El término de los 4 meses se cuenta a partir de la fecha de comunicación de este decreto, si aún no lo ha iniciado, so pena de que cesen los efectos del amparo transitorio concedido [...]"

Para adoptar la anterior decisión, recordó que la Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada se extiende a personas en situación de debilidad manifiesta e indefensión como resultado de su estado de salud y que en el caso bajo estudio si bien no existe en curso trámite de reconocimiento de pérdida de capacidad laboral, se acreditó la mencionada condición con los certificados médicos, debido a la neuropatía mixta de miembros superiores e inferiores.

De igual forma, sostuvo que se demostró que el 8 de septiembre de 2015 y el 23 de marzo de 2017 el accionante solicitó al viceprocurador general de la Nación continuar con el teletrabajo debido a su estado de salud, lo cual evidencia que la entidad demandada tenía conocimiento de las diversas patologías del peticionario.

Así mismo, precisó que en la respuesta del 5 de octubre de 2016, la entidad le indicó al accionante que una vez se implementara el programa de teletrabajo, se le presentaría al Comité su solicitud y que el 13 de enero de 2017 la Procuraduría adoptó dicho programa, pero nunca hizo el estudio de la solicitud del accionante.

#### IMPUGNACIÓN

El 12 de mayo de 2017, la entidad accionada impugnó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, S.B.P. el efecto, reiteró que la administración, cuando procedió a realizar la desvinculación del señor V.R., no tenía pleno y específico conocimiento sobre su estado de salud, pues ello no constaba en su hoja de vida.

Igualmente, señaló que los documentos allegados por el accionante junto con la tutela no reposan en las bases de datos de la Procuraduría ni tienen sellos de recibido por parte de la entidad.

Respecto a la solicitud del 23 de marzo de 2017, resaltó que en ella sólo se menciona la existencia de una situación médica y las patologías presuntamente conocidas por la entidad, pero no acreditó que se tenía conocimiento de ello.

Por otra parte, expuso que el programa piloto para la implementación del teletrabajo inició a partir de la expedición de la Resolución 037 del 20 de enero de 2015 y posteriormente se autorizó a 13 funcionarios para cumplir sus funciones en esa modalidad, dentro de los cuales no se encontraba el accionante.

En cuanto a la solicitud de utilizar la modalidad de teletrabajo presentada por el accionante el 8 de septiembre de 2016, precisó que el 5 de octubre de la misma anualidad se le informó al señor V.R. que el programa piloto culminó el 10 de julio de 2016, por lo cual una vez se aprobara el reglamento y se diera comienzo a la implementación del programa, la solicitud sería presentada al Comité de Coordinación y Seguimiento.

Por lo anterior, manifestó que la autorización solicitada no había tenido una respuesta definitiva por parte del organismo competente. De igual forma, aclaró que la petición no se fundamentó en el teletrabajo regulado en la Resolución 037 de 2015, sino en una modalidad similar.

Por último, reiteró la existencia de otros medios de defensa judicial y de la falta de acreditación de un perjuicio irremediable. Así, como de la naturaleza del cargo que desempeñaba.

#### CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección "A", de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual regula que: "[...] Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente [...]"

Problema Jurídico

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en las siguientes preguntas:

1. ¿Está demostrado que el señor J.H.V.R. es un sujeto de especial protección constitucional y en esa medida es procedente flexibilizar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela?

2. ¿La Procuraduría General de la Nación tenía conocimiento del estado de salud del señor J.H.V.R. cuando declaró la insubsistencia de su

nombramiento?

Para resolver el problema así planteado se abordarán las siguientes temáticas: (I) principio de subsidiariedad y flexibilización cuando se trata de personas con discapacidad: la existencia de otro medio de defensa judicial y la flexibilización de subsidiariedad en el caso bajo estudio y (II) la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante. Veamos:

I. Principio de subsidiariedad y flexibilización cuando se trata de personas con discapacidad

La acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política. Así mismo, se trata de una acción subsidiaria y residual, pues únicamente puede ser utilizada cuando se hayan agotado los demás medios de defensa judicial previstos por el ordenamiento.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>[1]</sup> y de esta corporación ha sostenido que, debido a ese carácter subsidiario y residual de la tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando el accionante (i) dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance, por negligencia, descuido o incuria o (ii) acude directamente a esta acción, a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición.

Sin embargo, el máximo tribunal constitucional ha manifestado, de forma reiterada, que cuando la solicitud de amparo sea presentada por sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, niños, madres o padres cabeza de familia, desplazados, personas con discapacidad, entre otros) es necesario flexibilizar la exigencia de agotarse todos los mecanismos de defensa judicial antes de acudir a la acción de tutela y, en caso de verificarse la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales debe accederse a la protección de forma transitoria.

Lo anterior tiene fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política que impone el deber al Estado de adoptar medidas y proteger a aquellas personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y en el artículo 47 ibídem que obliga a amparar a las personas con discapacidades físicas, sensoriales y/o psíquicas.

Así las cosas, el juez de tutela, cuando encuentre demostrado que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, debe aplicar una menor rigurosidad en el análisis de subsidiariedad, con el fin de garantizar los principios del Estado Social de Derecho y los mandatos constitucionales.

- La existencia de otro medio de defensa judicial y la flexibilización de subsidiariedad en el caso bajo estudio

El señor J.H.V.R. solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la no discriminación, presuntamente vulnerados por la Procuraduría General de la Nación.

Para el efecto, afirmó que estuvo vinculado en el cargo de asesor grado 25 en la mencionada entidad hasta el 28 de marzo de 2017, fecha en la cual se expidió la Resolución 1825, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento.

Igualmente, sostuvo que la entidad accionada al desvincularlo desconoció las graves patologías que padece, por lo cual solicitó se ordene su reintegro en las mismas condiciones en que venía desarrollando sus funciones, entre estas, en la modalidad de teletrabajo, pues por su estado de salud le es imposible movilizarse.

Pues bien, lo primero que se advierte es que el accionante está discutiendo la legalidad del acto administrativo a través del cual se declaró insubsistente su nombramiento, esto es, la Resolución 1825 del 28 de marzo de 2017, por lo cual cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, específicamente con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como la Procuraduría lo indicó en la contestación y en la impugnación en contra del fallo de primera instancia.

Sin embargo, se aclara que en el caso bajo estudio debe flexibilizarse el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, pues el señor J.H.V.R. se encuentra en una situación de discapacidad, como se verá a continuación.

Así es que dentro del expediente está plenamente demostrado que el accionante tiene neuropatía mixta de miembros superiores e inferiores, como se consignó en las constancias rendidas por el director de Licencias Médicas de la E. P. S. Sanitas y el médico L.P.S. y en el concepto médico ocupacional (ff. 16, 18 y 22-31).

De igual manera, está acreditado que presenta “secuelas permanentes de un cáncer de testículo con compromiso radicular de la columna lumbar que le produce dolor crónico tipo neuropático (sic) y por este motivo tiene una CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD PERMANENTE QUE LIMITA LA MOVILIDAD”, de conformidad con la certificación de la Unidad de Cuidados Paliativos Presentes S. A. S. (f. 17).

En esa medida, si bien es cierto el señor V.R. cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, también lo es que es un sujeto de especial protección constitucional, por lo cual es necesario realizar un examen menos riguroso del principio de subsidiariedad.

Por lo tanto, se analizará el fondo del asunto y en caso de demostrarse la vulneración de sus derechos fundamentales, se accederá al amparo solicitado de forma transitoria.

- La declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante

que no tenía conocimiento del estado de salud del señor J.H.V.R., pues aquel nunca lo informó y en su hoja de vida ni en la base de datos de la entidad existían documentos que acreditaran su situación.

Al respecto, se observa que dentro de las pruebas obrantes en el expediente reposa la solicitud presentada el 8 de septiembre de 2016 por el accionante al viceprocurador general de la Nación, en los siguientes términos (f. 19):

“Comedidamente, y teniendo en cuenta las diversas patologías que actualmente padezco, y a que algunas de ellas son crónicas e irreversibles y a las reiteradas incapacidades médicas, de las cuales su señoría ya tiene conocimiento, respetuosamente solicito me sea autorizado por su Despacho el teletrabajo similar al que trata la Resolución 037 del 20 de enero de 2015 suscrita por el Señor Procurador General de la Nación (sic), el cual es para los servidores de carrera de la entidad, y que se establece en la Ley 1221 de 2008 [...]”

Sobre el particular, la entidad accionada allegó junto con la contestación a la presente acción copia de la respuesta otorgada el 5 de octubre de 2016 por la secretaria general de la Procuraduría, en la cual se le manifestó al peticionario que el programa piloto de teletrabajo terminó el 10 de julio de 2016 y se decidió continuar con la implementación del programa. Empero, a la fecha no se había aprobado, por lo cual una vez se iniciara se presentaría su solicitud al Comité (ff. 79 y 80).

De lo anterior se observa que el señor J.H.V.R. solicitó que se le permitiera trabajar mediante la modalidad de teletrabajo y fundamentó su petición en las patologías que padecía.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la Procuraduría en el sentido de sostener que no conocía el estado de salud del accionante. Ahora, si consideró necesario el soporte de su estado de salud, debió solicitarlo así al momento de analizar si era posible acceder a su petición.

No obstante, la entidad en ningún momento remitió la solicitud al Comité, a pesar de que lo comunicó así al ahora accionante mediante la respuesta del 5 de octubre de 2016, y mucho menos requirió mayor información en relación con las patologías del señor V.R., sino que se limitó a dejar de emitir una respuesta de fondo, aun cuando el programa de teletrabajo fue implementado en la entidad el 13 de enero de 2017 (ff. 81-88).

Así mismo, llama la atención que el 23 de marzo del año en curso el accionante solicitó al viceprocurador general de la Nación continuar trabajando en la modalidad de teletrabajo debido a “la situación médica que tengo ya hace varios años, patologías que son conocidas ampliamente por la entidad” y no se emitió respuesta alguna, sino que, en su lugar, se profirió la resolución de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del aquí accionante.

Ahora bien, en el escrito de impugnación la entidad expuso que en la anterior solicitud no se hizo un pronunciamiento expreso sobre las enfermedades padecidas por el accionante. Sobre este aspecto, se recuerda que con anterioridad el señor V.R. ya había puesto de presente su situación a la entidad, a pesar de lo cual fue desvinculado sin tener en cuenta que es un sujeto de especial protección constitucional debido a la discapacidad con la que cuenta, situación que quedó suficientemente demostrada en el anterior acápite.

Por otra parte, la impugnante expresó que las copias allegadas por el accionante de las peticiones del 8 de septiembre de 2016 y el 23 de marzo de 2017 no tienen ningún sello de recibido. En cuanto a ello, es importante recordar que en la contestación la entidad aceptó recibir ambas solicitudes y allegó la respuesta de una de ellas, por lo que en esta instancia no puede pretender desconocer sus propias afirmaciones.

Por último, se precisa que el hecho de que el accionante haya indicado en una de las solicitudes que pedía autorización para continuar en una modalidad similar al teletrabajo o que no haya estado dentro de las 13 personas seleccionadas para desarrollar sus funciones mediante el teletrabajo, no implica que la entidad pudiera abstenerse de analizar su caso particular y brindarle las condiciones necesarias para que pudiera ejercer su cargo, máxime cuando el señor V.R. puso de presente su situación.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia del 3 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que amparó los derechos fundamentales del señor J.H.V.R..

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

Primero: Confirmar la sentencia del 3 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B que amparó los derechos fundamentales del señor J.H.V.R., de conformidad con lo aquí expuesto.

Segundo: N. a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Cuarto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>[1]</sup> Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. R.E.G... "...En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación (...)"

---

*Fecha y hora de creación: 2024-11-24 00:14:42*