

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
Magistrada Ponente**

**STL2941-2015
Radicación n° 60617
Acta n° 8**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015)

Se resuelve la impugnación interpuesta por **MARTHA QUIROGA MORENO** contra el fallo de 9 de febrero de 2015, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el trámite que promovió contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

La accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales de su hijo por nacer, a la maternidad, a la

salud, a tener una familia, a la dignidad humana, a la igualdad y al trabajo.

Indicó que ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 7 de noviembre de 2007 como Asistente de Fiscal II, y luego fue nombrada Fiscal Delegada ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en la Dirección Seccional de Caquetá. En octubre de 2011 quedó en estado de embarazo, pero tuvo un aborto que le trajo consecuencias en su salud.

Aseveró que el 25 de julio de 2014 pidió traslado a Barranquilla, concedido en Resolución 00785 de 2004 al municipio de Sabanalarga en la seccional Atlántico; en septiembre de 2014 se enteró que estaba nuevamente en embarazo, el cual fue calificado de alto riesgo por presentar tres quistes en el ovario izquierdo y un mioma uterino, así mismo por sus antecedentes médicos, por lo que solicitó al Director Seccional, la reubicación en la capital del departamento, pero se le negó porque no había vacantes.

Indicó que por el cargo que ejerce debe atender diligencias en 10 municipios distintos, y debido a los continuos viajes el 18 de octubre de 2014 sufrió una amenaza de aborto, por lo que el médico que la atiende, por póliza de salud, la incapacitó y le ordenó reposo absoluto, así como permanecer en cama sin ningún esfuerzo físico, no obstante la EPS sujetó tales incapacidades a control semanal lo que le ha generado mayores dificultades.

Afirmó que solicitó licencia no remunerada a partir del 4 de noviembre de 2014 pues *«en el estado en que me encontraba de la amenaza latente de aborto, la angustia del trabajo de pensar que declararían un abandono de cargo, la negativa de la EPS de transcribir las incapacidades y lo más importante la recomendación médica de permanecer en reposo absoluto en cama para preservar la vida de mi bebé, el anhelo más grande de mi vida, tome la decisión de solicitar una licencia no remunerada, pues era consciente que no podía arriesgar la vida de mi bebé simplemente por cumplir con el trabajo, ya que, lo más importante sin duda alguna es mi bebé»*.

El profesional de la salud adscrito a la EPS dejó constancia del embarazo de alto riesgo y le ordenó controles prenatales y remisión para vacunación, pero como se negó a esta última por recomendación de su médico personal, no le fueron autorizados los controles. Posteriormente, comenzó a sufrir de presión alta y edema gestacional debido al estrés, por lo que se le recomendó permanecer en Bogotá, con cuidados y dieta rigurosa y la remitió al perinatólogo, pero que en el Atlántico solo hay 3, por lo que viajó a Bogotá en vuelo medicalizado.

Que atendiendo tales circunstancias el 10 de noviembre de 2014 solicitó a la Fiscalía General de la Nación, su traslado de Sabanalarga a Bogotá; el 13 de noviembre siguiente recibió una llamada del Grupo de Modernización y se le informó que su solicitud se sometería a un Comité, pero al terminar la licencia no recibió respuesta, por lo que se vio obligada a solicitar su prórroga por 30 días más a partir del 4 de diciembre de 2014, la cual le fue concedida; ese mismo día recibió una comunicación

en la que le informaron que su petición fue enviada a la Dirección de Apoyo a la Gestión, y luego se le informó que debía presentarse a la Dirección Seccional del Atlántico, pero el 4 de enero de 2015 en dicha dependencia le señalaron que debía retornar a Sabanalarga.

Ante tal panorama nuevamente se vio obligada a pedir licencia; el 21 de enero de 2015 la EPS la incapacitó por 5 días y le dictaminó embarazo de alto riesgo, miomatosis uterina, lectura elevada de presión sanguínea, edema gestacional, fóvea dolorosa, alto nivel de estrés, episodio depresivo leve y embarazo con riesgo en la historia obstétrica o reproductiva, y la remitió a diferentes especialistas. También reiteró las recomendaciones, tales como evitar desplazamientos por carretera y «cero estrés», ese mismo día el nivel central de la Fiscalía le negó el traslado *«debido a las necesidades del servicio»* y fundado en que *«lleva pocos meses y un nuevo cambio de fiscal en ese despacho, afectaría el impulso y gestión de los procesos, adicionalmente el Departamento del Atlántico se encuentra a la vanguardia para atender en forma efectiva las emergencias médicas que se puedan presentar, mediante procedimientos responsabilidades claras, infraestructura con los medios adecuados y personal capacitado, protegiendo la integridad de la servidora...»*.

Arguyó que en Bogotá se encuentra su núcleo familiar, recibe apoyo y ayuda, y ello le permitiría aliviar los problemas económicos que han surgido con ocasión a las licencias que se ha visto obligada a pedir. Explicó que siente temor por su vida y la del que está por nacer, de imponerse los desplazamientos que exige el cumplimiento de su labor,

contradiendo las órdenes proferidas por los médicos tratantes.

Por lo anterior solicitó *«disponer y ordenar (...) mi traslado a la ciudad de Bogotá, por disposición médica, en un cargo igual o similar al que vengo desempeñando, en atención a mi estado de embarazo de alto riesgo, la amenaza de aborto que sufrí y que persiste la prohibición médica de realizar desplazamientos por carretera, además de ser un clima frío que mejora mi vida gestacional, con el fin de preservar la vida de mi bebe y la mía propia»*.

II. TRÁMITE Y DECISIÓN DE INSTANCIA

Por auto del 27 de enero de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá asumió conocimiento y ordenó notificar a la accionada (folio 204 a 205).

La Fiscalía General de la Nación se opuso a la prosperidad de la acción, adujo que la actora ha desempeñado varios cargos y hace parte de la planta global de la entidad que tiene como característica primordial la flexibilidad que permite al nominador la ubicación en el lugar y dependencia, según la necesidad del servicio, condición que se acepta desde la vinculación. Por orden judicial, el 29 de mayo de 2013, la reintegró a la única vacante existente en Puerto Inírida; allí solicitó su traslado a la seccional de Atlántico para *«buscar un tratamiento de*

fertilidad y que su esposo quien es un oficial del ejército fue trasladado a la ciudad de Barranquilla», a lo cual accedió mediante resolución 252 del 29 de septiembre de 2014 al encontrar una vacante en Sabanalarga. Menos de un año después del anterior traslado, la actora solicitó uno nuevo esta vez a Bogotá «argumentando su situación de embarazo de alto riesgo y el hecho que su esposo fue trasladado de la ciudad de Barranquilla a la ciudad de Bogotá».

Dicha petición se sometió a estudio y se determinó que no existía justificación para acceder toda vez que «no ha transcurrido ni un año desde el último traslado realizado, el cual adicionalmente obedeció a solicitud realizada por la misma funcionaria (...) adicionalmente, en revisión de los antecedentes administrativos y certificaciones médicas, no obra recomendación médica alguna que establezca la necesidad que la funcionaria deba ser trasladada o reubicada a otra sede y mucho menos una recomendación a la ciudad de Bogotá». Agregó que las solicitudes elevadas han coincidido con los traslados de su esposo, lo que califica como un «despropósito, [al] pretender que la Fiscalía se tenga que ajustar a los sitios o unidades a las cuales sea trasladado el cónyuge de la servidora». Aseveró que el movimiento de personal está supeditado a una serie de presupuestos, entre estos la existencia de una vacante definitiva y la necesidad del servicio, condiciones que no se cumplen en el presente asunto (folios 209 a 223).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de febrero de 2015, negó el amparo solicitado y para el efecto razonó que «la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN suministró una respuesta adecuada a la reclamación de la

accionante, con la cual no le está vulnerando ningún derecho fundamental, en la medida en que, la solicitud de traslado de funcionarios y empleados (...) está sujeta a un procedimiento reglado y éste no puede ser modificado por el juez constitucional, amén que la accionante, cuenta con otro medio idóneo para zanjar las diferencias existentes entre las partes, como es el proceso contencioso administrativo». Por lo anotado consideró improcedente la acción y tampoco accedió a la tutela como mecanismo transitorio porque «no se encuentra plenamente demostrada la existencia de un perjuicio irremediable que le este generando a la accionada». (folios 229 a 234).

III. IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó; reiteró los argumentos que expuso en el escrito inicial, y refirió que en su caso existe una amenaza de perjuicio irremediable, no cuenta con otro mecanismo idóneo, pues el proceso contencioso sugerido no se compadece con el estado de embarazo de alto riesgo que presenta, por lo que es en este momento que requiere la protección inmediata, quien debe nacer aproximadamente el 22 de mayo de 2015, y que su traslado diario a la ciudad de Sabanalarga la pone en riesgo de aborto, tampoco cuenta con ninguna persona que la ayude en caso de emergencia, puesto que su esposo, quien se encuentra en condición de discapacidad y propenso a muerte súbita, se encuentra en Bogotá, luego allí se encuentra su núcleo familiar, por lo que aspira a preservar la unidad familiar (folios 237 a 244).

III. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, como la define el artículo 86 de la Constitución Política, es un medio de defensa judicial instituida para proteger en forma inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos expresamente señalados por la ley.

Esta Sala ha establecido que por regla general los asuntos en los que se debate el traslado de funcionarios o empleados en ejercicio de las facultades de dirección y administración de la planta de personal de las entidades públicas, corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa y sólo ha admitido de manera excepcional la procedencia de esta acción en los siguientes supuestos:

En efecto, se ha estimado que es posible dispensar el amparo cuando: (i) la determinación del traslado es intempestiva y arbitraria y genera la ruptura del núcleo familiar, siempre que no se trate de una separación transitoria u originada en factores ajenos a tal situación o a circunstancias superables; ii) se pone en peligro la vida o la integridad personal del servidor público o de su familia y; (iii) se afecta la salud del servidor público o de alguno de los miembros de su núcleo familiar, especialmente porque en la localidad de destino no existan condiciones adecuadas para brindarle el cuidado médico requerido. Circunstancias que en todo caso deben ser acreditadas con suficiencia al interior del expediente¹

Pues bien, a efectos de resolver las súplicas de la accionante, debe recordarse que nuestra Carta

¹ Sentencia STL4683 de 9 de abril de 2014

Constitucional en su artículo 43 establece que *«la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada...»*.

Tal disposición constitucional se debe armonizar con el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conjunto normativo que fundamentó el desarrollo jurisprudencial del denominado fuero de maternidad -estabilidad laboral reforzada- el cual constituye una garantía para la mujer en estado de gravidez y en periodo de lactancia, con el propósito de evitar cualquier forma de discriminación por tal circunstancia o que con motivo de dicha condición sea retirada del empleo.

Dicho fuero, se ha considerado, de manera general, que se aplica independientemente de la naturaleza del empleador, es decir, opera tanto en el sector público como privado, y en lo referente al primero, también resulta indiferente el tipo de nombramiento: i) provisionalidad, ii) propiedad, iii) libre nombramiento y remoción; no obstante, debe recalcar, no toda vinculación laboral, tratándose de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, es inquebrantable, esto es, la protección no opera de forma absoluta en todos los eventos, por cuanto debe atenderse el contexto en que se presenta la presunta vulneración que da lugar a la petición de amparo.

Así lo ha reiterado esta Corporación, entre otras, en las sentencias STL12366-2014 de 3 de septiembre de 2014 y STL7378-2014 de 4 de junio de 2014.

En lo que a este asunto concierne aspira la accionante, que por vía de tutela, sea trasladada a Bogotá dado su estado de embarazo de alto riesgo que por prescripción médica, le impide desempeñar sus funciones como Fiscal 9 Local de Sabanalarga, así como la necesidad de acompañar a su cónyuge que es una persona discapacitada, por lo que su núcleo familiar se encuentra en esta ciudad; tal petición fue negada por razones del servicio, según comunicación del 16 de enero de 2015.

La accionada sostiene que el traslado de personal se sujeta al procedimiento interno previsto en la Resolución 0-0922 de 2014, en el que se determina la pertinencia y conducencia de la solicitud, frente a las necesidades y prestación del servicio, que en el caso de la actora no se encontraron satisfechas.

Revisada la documental aportada encuentra la Sala que a folio 112 obra certificación de 3 de octubre de 2014, expedida por el médico tratante de la accionante sobre el embarazo de 6.6 semanas de la actora, *«de alto riesgo por presentar tres quistes en ovario izdo. y un mioma uterino además antecedentes de aborto del primer semestre hace 3ª, fecha estimado de parto 15 mayo 2015»*, comunicación a la entidad accionada del estado de embarazo de alto riesgo del 16 de octubre de 2014 (folio 120), incapacidades médicas por *«amenaza de aborto»* (folios 113 a 116), solicitud de licencia no

remunerada del 21 de octubre de 2014, por recomendación médica ante amenaza de aborto (folios 121 a 123), Resolución 590 mediante la cual se concede la licencia hasta el 3 de diciembre de 2014 (folio 125), certificación médica de 4 de noviembre de 2014 por la EPS Sanitas sobre embarazo de alto riesgo de la actora (folio 126), solicitud de 10 de noviembre de 2014 para traslado a la seccional Bogotá *«por motivo de salud del bebe que estoy esperando y de la salud mía»*; petición de prórroga de licencia concedida hasta el 4 de diciembre de 2014 (folio 137), Resolución 715 mediante la cual se da la prórroga hasta el 2 de enero de 2015 (folio 138).

Igualmente se aportó la insistencia de traslado a Bogotá (folios 140 a 143), incapacidades otorgadas en el mes de enero: los días 9 a 10 (folio 149), 13 y 14 (folio 152), 15 y 16 (folio 155), 19 y 20 (folio 158), 21 a 25 (EPS folio 161); copia de la historia clínica (folios 164 a 167), recomendación médica extendida por la EPS SANITAS el 21 de enero de 2015 en la que se lee *«Certifico que el paciente asistió en el día de hoy a la consulta médica, y/o con su acompañante (...) se le sugiere a la paciente por su embarazo de alto riesgo no desplazarse a zona rural, permanecer dentro del perímetro urbano, se incapacita por 5 días y el control es de acuerdo a las recomendaciones dadas»* (folio 168).

También se adujo comunicación del 16 de enero de 2015 mediante la cual niegan la solicitud de traslado *«por estrictas necesidades del servicio en la mesa de trabajo del 13 de enero de 2015»* (folio 169); oficio del 13 de enero de 2015 que soporta la anterior decisión en la que consta el concepto del

Director Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana quien *«considera que no es procedente autorizar el traslado requerido a la ciudad de Bogotá, (...) debido a que por necesidades del servicio la servidora debe mantenerse allí en el despacho fiscal a su cargo por cuanto lleva pocos meses y un nuevo cambio de fiscal en este despacho afectaría el impulso y gestión de los procesos; adicionalmente el departamento del Atlántico se encuentra a la vanguardia para atender en forma efectiva las emergencias médicas que se puedan presentar, mediante procedimientos, responsabilidades claras, infraestructura con los medios adecuados y personal capacitado, protegiendo la integridad y salud de la servidora»* (folio 170 a 171).

De igual manera se allegó el diagnóstico médico de 21 de enero de 2015 por *«Episodio depresivo leve»* y *«Edema gestacional»* (folio 174); con el escrito de impugnación se incorporó incapacidad por 5 días a partir del 26 de enero (folio 245), otra hasta el 6 de febrero (folio 247) y una más por 15 días a partir del 12 de febrero de 2015 (folio 255) y certificación del estado de salud de Jesús Gabriel Calle Gutiérrez – cónyuge de la accionante - quien requiere atención especial, soporte respiratorio y está propenso a muerte súbita (folio 256).

Esa documental da cuenta que para el desempeño de sus funciones como Fiscal 9 Local de Sabanalarga, la demandante debe desplazarse continuamente, no solo desde Barranquilla, lugar en el que reside actualmente, sino a diferentes municipios situados en esa zona, lo que está restringido, en su caso, por disposición médica, aunado a que le dificulta la continuidad del tratamiento médico que viene recibiendo con motivo del embarazo de alto riesgo,

factor determinante para acceder a la protección solicitada y a la preservación de la salud de quien acude a este mecanismo constitucional y del hijo que está por nacer, por ser todos ellos sujetos de especial protección constitucional; además de que está demostrado con las constantes incapacidades recibidas los graves e irreparables riesgos que se ciernen sobre ella si no se modifican sus actuales condiciones laborales.

No desconoce la Sala las facultades legales de las entidades en la adopción de decisiones de movimientos de personal, como lo ha señalado en otras ocasiones², sin embargo, en este caso, la actora se encuentra en condiciones excepcionales que hacen imperativo tomar medidas urgentes para salvaguardar no solo la vida de la accionante, sino la de su hijo que está por nacer.

Ahora bien, en aras de no sacrificar el principio de autonomía administrativa de la entidad pública accionada, y dado que de la documental arriba enunciada se deriva que al resolver la solicitud de traslado, el 16 de enero de 2015, no contaba con todos los elementos de juicio aquí traídos para resolver la apremiante situación acá analizada, en especial el concepto médico del 21 de enero de 2015 por parte del médico tratante de la EPS que atiende a la actora, la cual restringe su desplazamiento a zona rural y la necesidad de permanecer en el perímetro urbano (folio 168), se dispondrá que en el término perentorio de 48 horas se pronuncie nuevamente sobre la solicitud de traslado

² Sentencia de 30 de enero de 2013, Rad. 41439

teniendo en cuenta las circunstancias descritas en esta providencia, y además pondere sobre la posibilidad de que transitoriamente ejerza su labor desde la ciudad de Barranquilla hasta que cese la situación de riesgo para la accionante y el nasciturus.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo de tutela impugnado, de fecha y procedencia precitadas.

SEGUNDO.- TUTELAR el derecho a la salud y a la vida del que está por nacer, para lo cual se ordena que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** o la persona que este designe, disponga lo pertinente sobre el traslado solicitado por la actora, teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en esta providencia.

TERCERO.- NOTIFICAR esta decisión a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

