

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTA

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Teléfono: 601-3532666 ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintinueve (29 de agosto de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la accionante, contra el fallo de tutela proferido el 08 de agosto de 2023, por el Juzgado 45 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, dentro de acción de tutela adelantada contra el **CONCEJO DE BOGOTA** y la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA**, en la que se vinculó al **MINISTERIO DEL TRABAJO**, **EPS SURA**, **COLPENSIONES** y al **SINDICATO DE SERVIDORES PUBLICOS DEL CONCEJO DE BOGOTA**.

SITUACIÓN FÁCTICA

El apoderado de la señora **CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZALEZ**, relató que su cliente, tiene 57 años de edad y mil doscientos un (1201) semanas de cotización, lo que le confiere el estatus de pre pensionada. Estuvo vinculada laboralmente, con el **CONCEJO DE BOGOTÁ**, desde el 13 de agosto 2010, hasta el 12 de junio de 2023, ocupando como último cargo el de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO**, Código 407 Grado 10, siendo declarado insubsistente el nombramiento por la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá, mediante Resolución No 0518 de 2023, sin tener en cuenta que su representada es mujer Cabeza de Familia única proveedora de su hogar teniendo a su cargo, salud, vivienda y bienestar económico de su esposo **ORLANDO JAVIER RODRIGUEZ CARDOZO** y su señora madre **CARMEN FABIOLA GONZALEZ JARAMILLO** y, adicionalmente, pertenece a la Junta Directiva del Sindicato de Servidores Públicos del Concejo de Bogotá-**SINDICONCEJO**-, lo que significa que el empleador no cumplió con el protocolo de verificación de las condiciones y requisitos que otorgan estabilidad laboral reforzada por ser mujer cabeza de familia, por tener fuero de pre pensionada y el fuero sindical, solicitando

como pretensiones el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando o a otro similar, así como el pago de los salarios y prestaciones desde el momento en que fue desvinculada.

Esta actuación fue recibida de la oficina judicial por el aplicativo web, el 18 de agosto de 2023.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

El Juzgado 45 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, mediante fallo del 8 de agosto de 2023, negó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por el apoderado de la señora CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZÁLEZ

Sostuvo que el apoderado de CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZÁLEZ, solicita que a través del ejercicio de la acción de tutela, el Juez Constitucional ordene al CONCEJO DE BOGOTÁ el reintegro de la ciudadana al cargo que venía desempeñando como auxiliar administrativo código 407 grado 10; en el que se encontraba nombrada en libre nombramiento y remoción, sin que a su juicio, fueran tenidos en cuenta los beneficios que consideró tiene derecho, tales como, los conferidos por encontrarse incluida en el llamado Retén Social, al tiempo que alegó su condición de madre cabeza de familia, y, fuero sindical.

Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL ha establecido que, por regla general la acción protectora de derechos de primera generación es improcedente cuando se demanda el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir dicho acto administrativo con el que se decidió apartarlos del cargo, existe ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la que de por sí, desplaza este mecanismo subsidiaria y residualmente.

Conforme a los presupuestos esbozados es posible establecer que la desvinculación de la actora obedeció, a la declaratoria de insubsistencia mediante Resolución 0518 del 13 de junio de 2023, del cargo que ocupaba bajo su designación en libre nombramiento y remoción, como consecuencia de la renuncia del concejal ANDRÉS EDUARDO FORERO MOLINA, con quien la accionante prestaba sus servicios y, tras el llamado a ocupar la curul un nuevo concejal, JAVIER ALEJANDRO OSPINA RODRÍGUEZ, requiere de la conformación de su propio equipo de trabajo

En tales condiciones, vista la normatividad que regula el Retén Social y en armonía con lo antes reseñado, resulta improcedente su aplicación en el evento puesto a consideración por parte de la actora, habida cuenta que, su ámbito de aplicación se ve limitado a la fusión y la liquidación de entidades en el marco del programa de renovación de la administración pública, situación sustancialmente distinta del cumplimiento constitucional y legal de

proveer los cargos de carrera administrativa a través del concurso público como mecanismo para hacer efectivo el acceso por méritos a los empleos del Estado, lo anterior como regla general, sin embargo, es factible proveer cargos de libre nombramiento y remoción.

El cargo que ocupaba la accionante, esto es, auxiliar administrativo código 407 grado 10, fue en virtud de su designación a través de la figura de libre nombramiento y remoción como se acredita con la Resolución No. 032 del 17 de enero de 2020; nombramiento que, se ajusta al criterio “grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades”, pues nótese que, la señora CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZÁLEZ, fue nombrada para laborar con el concejal ANDRÉS EDUARDO FORERO MOLINA, y al concurrir la renuncia de aquel y, en su lugar la designación de un nuevo miembro del Concejo, se procedió a la declaratoria de insubsistencia del cargo, en virtud de la confianza, consecuentemente, no puede predicarse la calidad de sujeto a gozar de una estabilidad laboral reforzada por la pre pensión argüida, surgiendo un conflicto de carácter netamente litigiosa que deberá ventilarse ante la Jurisdicción Ordinaria competente.

En lo que concierne a la condición de madre cabeza de familia que incoa para deprecar la protección reforzada la libelista; la acción de tutela resulta improcedente, por cuanto la señora CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZÁLEZ no demostró ni siquiera sumariamente tal condición, y si bien es cierto, allegó acta de declaración juramentada, pretermitió documento que acreditara que tiene de manera exclusiva a su señora madre y esposo u otras que fuesen personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

Contrario sensu, la vocera del CONCEJO DE BOGOTÁ, en respuesta a la tutela, aportó reporte de los periodos compensados tanto de la señora CARMEN FABIOLA GONZÁLEZ JARAMILLO – progenitora de la libelista- y, del señor ORLANDO JAVIER RODRÍGUEZ CARDOZO –cónyuge de la actora-, evidenciándose que los mismos son aportantes al sistema de salud, en calidad de cotizantes.

En cuanto al hecho que la accionante sea miembro de una asociación sindical, debe decirse que, si bien es cierto, se aportó documento que soporta que la señora CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZÁLEZ pertenece al sindicato de Servidores Públicos del Concejo de Bogotá- SINDICONCEJO-, se debe tener en cuenta que se aportó por parte de la demandada documentos que demuestran que desempeñaba su actividad laboral bajo la designación de libre nombramiento y remoción, resultando relevante traer a colación que, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, ha sostenido: *“no ser necesario agotar el procedimiento del fuero sindical para dar por terminada la relación legal y reglamentaria, ya que la misma no obedeció a un despido, sino a una causa legal de terminación del vínculo, dado que el cargo que ocupaba la demandante es de confianza, considerado de libre nombramiento y remoción, por lo que la estabilidad del empleo depende de un factor esencialmente subjetivo”*.

Por consiguiente, no se vislumbra un nexo causal entre la terminación del empleo que desempeñaba en libre nombramiento y remoción como Auxiliar Administrativo Código 407

Grado 10 y, su condición de afiliada al Sindicato de Servidores Públicos del Concejo de Bogotá- SINDICONCEJO-

De manera que la actora tiene a su disposición otros medios de defensa judicial para dilucidar el debate que se contrae a una desvinculación laboral, tipo de eventualidad que es del resorte de la Jurisdicción Contencioso a la que le corresponde establecer o determinar la veracidad de lo aquí alegado como el asunto materia de debate, esencialmente cuando el juez constitucional no cuenta con términos que le permitan un análisis probatorio que supere las capacidades y poderes otorgados en desarrollo de la acción de tutela, la cual se caracteriza por tener un procedimiento preferente y sumario, que aunque contiene ciertas garantías mínimas y necesarias para la validez de un proceso judicial, no está sometida al rigorismo de otros debates judiciales, que admiten una mayor participación de las partes y un amplio despliegue de sus derechos procesales, sin dejar de lado que, se repite, no se acreditó un perjuicio irremediable.

DE LA IMPUGNACION

El apoderado judicial de la actora, impugnó el fallo sosteniendo que, las razones de inconformidad con, radican en que el retén social, como se explicó en el libelo, sí es susceptible de ser aplicado cuando el servidor no ejerce funciones de dirección ni su empleo corresponde a los altos grados de jerarquía dentro de la entidad. Decantado lo anterior, considero un error jurídico igualar a un empleado del nivel asistencial como lo es el auxiliar administrativo con un empleo del nivel directivo y/o asesor. En segundo lugar, en el libelo no se dijo que la accionante *fuera madre, sino mujer cabeza de familia*, es muy diferente, otro yerro de la a quo. La juzgadora desconoció los fallos de la Corte, donde ha reiterado, que los fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “pre pensión”, es factible en empleados de libre nombramiento y remoción; porque es un error jurídico igualar a un empleado del nivel asistencial como lo es el auxiliar administrativo de libre nombramiento y remoción, con un empleo del nivel directivo y/o asesor de libre nombramiento y remoción; en consecuencia, no se les aplica la misma regla jurisprudencial, sino la excepción a la misma. Desconoció la a quo, hay empleos de libre nombramiento y remoción del nivel asistencial. Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción pueden ostentar la garantía de fuero sindical siempre y cuando el cargo que ejerce no implique el ejercicio de autoridad civil, política o cargos de dirección o administración conforme a lo previsto en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994. Ninguna de estas características implicaba a la accionante en la nomenclatura AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 10 de la planta de personal del Concejo de Bogotá.

La entidad accionada aportó un certificado del “ADRES”, donde refleja que el cónyuge de la accionante, fue cotizante hasta abril de 2.022, pero esa certificación no aplica para la fecha de la acción julio de 2.023, donde se probó por misma certificación de la EPS de la accionante donde lo acredita como beneficiario y esa prueba no fue tachada de falsa, ni su

representada actuó de mala fe, al manifestar que su esposo desempleado, es su beneficiario, es decir, no se encuentra trabajando ni siquiera como independiente, lo cual demuestra su dependencia en cabeza de la accionante. Respecto de la señora madre de la accionante CARMEN FABIOLA GONZALEZ JARAMILLO, aparece como cotizante en salud, porque al haber quedado desempleado el cónyuge de la accionante, la EPS no le admitió dos beneficiarios a la accionante; es decir, cónyuge y madre como beneficiarios al mismo tiempo; así las cosas, al incluir al cónyuge como beneficiario, tuvo que retirar a su señora madre como beneficiaria y afiliarla como cotizante, lo que no indica per sé, que esté trabajando y devengando ingresos y, porque la misma accionante le realiza los pagos mensuales a su señora madre con el objeto de amparar su seguridad social en salud. Para demostrar que es la misma accionante quien hace los pagos de las cotizaciones de su progenitora, se allegan las constancias bancarias que los pagos de esas cotizaciones se hicieron con nota débito desde la misma cuenta bancaria de la accionante.

Por último, en cuanto a que no se mostró el perjuicio irremediable, escapan a la esfera cognitiva del suscrito apoderado, otras pruebas que demuestren que estando en pre-pensión, y con declaraciones juramentadas del cónyuge y madre de la accionante donde juraron depender económicamente de la accionante y que en suma concluyen, que al no haber el ingreso salarial dejado de percibir por la accionante, se quebrantó el mínimo vital de la accionante y sus dos dependientes absolutos y permanentes (madre y cónyuge).

CONSIDERACIONES

➤ PROBLEMA JURIDICO

Establecer, si la acción de tutela es procedente, para decidir controversias laborales

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL PARA DECIDIR CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON RETIROS DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

En asuntos relacionados con desvinculaciones de trabajadores, la Corte Constitucional ha señalado que a pesar de existir mecanismos ordinarios y contencioso-administrativos, la acción de tutela resulta procedente para atenderlos, siempre que el empleado se encuentre en entornos de vulnerabilidad manifiesta que hagan necesaria la adopción de medidas urgentes en aras de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, esto es, que tenga la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, la cual le otorga una estabilidad laboral reforzada.

El alto tribunal constitucional ha indicado que los trabajadores que tienen tal calidad son: (. las mujeres en estado de embarazo, (ii) los padres o madres cabeza de familia, (iii) los aforados sindicales, (iv) los que están próximos a pensionarse, conocidos como pre pensionados y (v) quienes padecen graves afecciones de salud.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela¹. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991:

*“Artículo 86. Esta acción solo procederá cuando el afectado **no disponga** de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

*“Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando **existan** otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La **existencia** de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su **eficacia**, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.*

“Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

En consecuencia, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela no son simples formalidades o injustificados elementos de los cuales los jueces pueden prescindir, en particular, el de su carácter subsidiario². El Juez Constitucional, en un Estado Social de Derecho, se encuentra sujeto a la juridicidad (artículos 1, 2, 4 y 230 de la Constitución) y al principio de legalidad (artículos 6 y 123 de la Constitución), medios principales para asegurar el equilibrio de poderes en el ordenamiento jurídico. Por tanto, les corresponde

¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-150 de 2016.

² El propósito del Constituyente de 1991 fue hacer de la acción de tutela un mecanismo *subsidiario* y excepcional, en la medida en que los demás medios judiciales dispuestos por el Legislador fueron considerados los recursos *principales* para la protección de los derechos de las personas, como una de las expresiones del principio de juez natural. Como se puede evidenciar en las Gacetas Constitucionales ese fue, precisamente, el elemento distintivo del proyecto que finalmente adoptó la Asamblea Nacional Constituyente, en comparación con los otros 13 que fueron propuestos.

ejercer su labor de garantes de la Constitución y de protectores de los derechos constitucionales en el marco de sus competencias, que para el estudio del carácter subsidiario de la acción de tutela supone considerar lo dispuesto por las disposiciones en cita. De ello se deriva su deber de valorar, en cada situación, la existencia y eficacia de otros mecanismos judiciales principales, para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela.

➤ **DEL CASO CONCRETO:**

La accionante, por intermedio de apoderado judicial, pretende que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando en el CONCEJO DE BOGOTA, AUXILIAR ADMINISTRATIVO, como quiera que al momento de declararse la insubsistencia del nombramiento por parte de la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá- Resolución No 0518 de 2023- no se cumplió con el protocolo de verificación de las condiciones y requisitos que otorgan estabilidad laboral reforzada por ser mujer cabeza de familia, por tener fuero de pre pensionada y el fuero sindical.

En el presente asunto, se confirmará la decisión de instancia, por las siguientes razones:

El mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos invocados por apoderado judicial de la accionante, es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que regula el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso -CPACA-, pues permite cuestionar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que declaró insubsistente el cargo del accionante, con plena garantía del debido proceso. En ejercicio de este es posible que el Juez de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, valore si, efectivamente, la actora podía ser sujeto de protección constitucional en virtud de la figura de la “pre pensión” “mujer cabeza de familia” y “fueron sindical”. Es *prima facie eficaz* pues, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares de que trata el artículo 230 de esa codificación, incluso desde el momento de presentación de la demanda, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos al interior de la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales que alega la parte actora.

DEL FUERO LABORAL POR LA CONDICION DE PRE PENSIONADO

Acertadamente, como lo precisa el juzgado de instancia, en el caso analizado no se configuran las excepciones invocadas en la demanda, pues el estatus de pre pensionado, no es dable predicarlo para los empleos de libre nombramiento y remoción.

La figura de la “pre pensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “pre pensión”, según la jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional, se ha entendido en los siguientes términos: “... *en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez* (Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012).

La “pre pensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez, no obstante, tal asunto no aplica para empleos de libre nombramiento y remoción, como se expuso en el fallo recurrido.

La Corte Constitucional en múltiples oportunidades, se ha pronunciado acerca del distinto origen constitucional de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Entre otras, en las sentencias C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995 señaló que correspondía al legislador determinar cuáles cargos debían exceptuarse del régimen general de carrera administrativa y considerarse de libre nombramiento y remoción. Con relación a los fundamentos constitucionales de este tratamiento excepcional para el segundo tipo de empleados públicos, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-514 de 1994, precisó que estos debían obedecer a dos tipos de criterios: (i) bien, a la naturaleza de las funciones, (ii) ora, al grado de confianza para el ejercicio de las funciones. Con relación al primero, “*un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional*”. Con relación al segundo, indicó que, “*los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple*”. Se trata, entonces, de criterios alternativos, de orden constitucional, que permiten al Legislador atribuir a un determinado empleo público el carácter de *libre nombramiento y remoción*.

Al tratarse de empleos extraordinarios, para la ejecución de programas políticos, o para la asesoría de personas en cargos que requieren plena autonomía, no puede aplicarse las protecciones que la Corte Constitucional, ha establecido en otro tipo de empleos como los de carrera (T186 de 2013), provisionales (T-326 de 2014), trabajadores oficiales (T-357 de 2016) e incluso aquellos de empresas privadas (T-638 de 2016).

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que

también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “pre pensión”. **En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada**, asunto que fue corroborado por el concepto allegado por el CONCEJO DE BOGOTA, del Departamento Administrativo de la Función Pública del 13 de septiembre de 2021, con el siguiente texto:

“...si el empleado de libre nombramiento y remoción le falta tiempo de cotización para acceder a la pensión de vejez no existe impedimento legal para que sea declarado insubsistente por el nominador en cualquier tiempo, por cuanto, como lo señala el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro por insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción es una causal de retiro del servicio autónoma e independiente...”

Adicionalmente, la primera instancia trajo a colación la sentencia 2012-328 del Consejo de Estado, que al respecto, dice lo siguiente:

“... es claro que los empleados de libre nombramiento y remoción, por regla general no gozan de estabilidad laboral reforzada, determinación que ha sido también acogida por esta Corporación , postura matizada mediante fallos que han tratado de conciliar los dos extremos, el de la facultad discrecional de remoción y el de la estabilidad laboral, en los que se ha decantado que el estatus de próximo a pensionarse no enerva la facultad de libre nombramiento y remoción” y la sentencia SU003 de 2018 en la que se adujo: *“Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “pre pensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia.*

“En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor”.

En cuanto al asunto de mujer cabeza de familia, no está legalmente previsto por la norma, como fuero laboral, pues en ella -Ley 790 de 2002- se habla es de *madre cabeza de familia*, allí se prevé el siguiente concepto:

“Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependen económicamente y de

manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada” y es ésta figura a la que se alude en el artículo 12:” Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto”

El tópico de mujer cabeza de hogar se encuentra en la Ley 1232 de 2008 que la definió de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2. Jefatura femenina de hogar. En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

En este caso, no se acreditó, *la ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.* En efecto, en la impugnación, el apoderado de la accionante, solo argumentó que el cónyuge de la accionante, fue cotizante hasta abril de 2.022, y que actualmente está desempleado, pero no acreditó que no esté posibilitado físicamente para trabajar.

DE LA IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA EL REINTEGRO DE UN TRABAJADOR CON FUERO SINDICAL

Y por último, en lo relacionado con el hecho de que la accionante haga parte de un sindicato, eso no significa que tenga fuero sindical, por lo siguiente:

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, los jueces laborales y de la seguridad social conocen de todas: “(...) *las acciones de fuero sindical, cualquiera que sea la naturaleza de la relación laboral*”, es decir, sin importar que se trate de trabajadores cuyo vínculo se origine en un contrato laboral o en otras formas jurídicas, como la relación legal o reglamentaria a la que están sometidos algunos servidores públicos. Es más, a partir de las características normativas de la acción de reintegro por fuero sindical, se ha dicho de antaño que dicho trámite tiene la particularidad de ser ágil, pues cuenta con términos procesales particularmente reducidos; así como idóneo y efectivo, en la medida que

se trata de un escenario judicial suficientemente amplio para una adecuada valoración de los elementos de juicio que permitan determinar la real existencia del fuero sindical alegado.

En ese entendido, considerando que los conflictos jurídicos suscitados por cualquier aforado sindical son materia principal de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, la máxima Corporación Constitucional, desde sentencias como la SU-036 de 1999, ha sido consistente en señalar que, como regla general, la acción de tutela no es procedente para solicitar el reintegro de trabajadores particulares o servidores públicos que tengan o aleguen tener derecho a la garantía del fuero sindical. (Sentencia T-077 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), Sentencia T-234 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), Sentencia T-1079 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), Sentencia T-845 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), Sentencia T-046 de 2009 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y, recientemente, la Sentencia T-523 de 2017 (M.P. Carlos Bernal Pulido).

El artículo 118 del Código de Procedimiento Laboral y la Seguridad Social establece que: *“la demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido (...) sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes”*. Estos artículos referenciados, hacen alusión a un proceso especial que deberá ser notificado dentro de las 24 horas siguientes, y en el que se citará a audiencia dentro de los 5 días hábiles siguientes para resolver excepciones y dictar fallo.

Esta tesis fue precisada en la Tutela 523 de 2017, en la que se adujo lo siguiente:

“Esta pretensión, en sede de tutela, es improcedente, prima facie, si se tiene en cuenta que no se agotaron los medios ordinarios de defensa judiciales previstos por el legislador tanto para amparar los derechos de asociación sindical y las garantías al fuero sindical y fuero circunstancial ante el Juez laboral... Con relación al primer aspecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que tratándose de la protección de la garantía de fuero sindical, lo procedente es acudir, de manera preferente, a los medios judiciales previstos para su protección. Estos se regulan en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que, en particular, dispone de una acción expedita para que el trabajador que goza de fuero sindical y que hubiere sido despedido pueda lograr la protección de sus derechos, mediante un procedimiento especial, con términos bastante reducidos. La existencia o no del fuero circunstancial, y la valoración de la existencia de una justa causa o no para terminar los contratos de trabajo es una competencia propia de la jurisdicción ordinaria laboral. Dado que el debate que para tales efectos se exige, es esencialmente probatorio, dicha jurisdicción es la idónea para valorar si los trabajadores despedidos gozaban o no de tal fuero en el momento de la terminación de sus contratos de trabajo y, de esta forma, proteger, si es del caso, el derecho de asociación sindical que en sede de tutela se invoca, máxime que, en relación con este aspecto existen argumentos jurídicos y descripción de hechos diferentes...”

De otra parte, en sentencia T845 de 2008, también se había tratado el tema y allí se señaló, lo siguiente:

“... Esta Corporación ha determinado que la acción de tutela es improcedente para remediar la alegada vulneración de los derechos fundamentales de un trabajador despedido mientras gozaba de la garantía de fuero sin seguir el procedimiento previo de autorización ante el juez laboral. Lo anterior en virtud de que la legislación procesal laboral consagra la acción de reintegro como un mecanismo ágil, idóneo y efectivo para la garantía de los derechos fundamentales de asociación y libertad sindical, que pueden verse afectados con tal proceder.

“...No obstante, se advierte que con la expedición de la Ley 362 de 1997, en la que se adjudicó a los jueces laborales la competencia para conocer de los procesos de autorización para despedir servidores públicos con fuero sindical, estos últimos tienen la misma garantía de los trabajadores particulares de iniciar la acción de reintegro prevista en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y, en dicha medida, se reitera, la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reintegro de un trabajador al que le ha sido vulnerada su garantía de fuero sindical. ...

“La anterior posición es reiterada en la sentencia T-077 de 2003 en la que se anota: “Conforme a lo anterior, como regla general reiterada por la Corte Constitucional, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos aforados sindicalmente puesto que, para la protección del derecho al trabajo y a la asociación sindical, está previsto en el ordenamiento jurídico otro medio alternativo de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la utilización de la acción de tutela para este fin: la acción de reintegro.”

“En el mismo sentido, en la sentencia T-234 de 2005 se concluye: “Tratándose de la protección del fuero sindical, como regla general, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela no es procedente para solicitar el reintegro de aquellos trabajadores que fueron despedidos gozando de la garantía del fuero sindical puesto que, para la protección del derecho al trabajo y a la asociación sindical, existe dentro del ordenamiento jurídico un medio de defensa propio, específico y eficaz que excluye la utilización de la acción de tutela para proteger los citados derechos. Este mecanismo es la acción de reintegro consagrada en las normas laborales.”

“Por último, en la sentencia T-1079 de 2006, se estudió el caso de una servidora pública despedida en el momento en que gozaba de la garantía de fuero sindical, sin que se hubiera tramitado previamente la autorización para despedir. Allí se reitera que por regla general la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reintegro de trabajadores con fuero sindical despedidos sin autorización judicial previa al concluir: “De esta manera, en los casos, como el que ahora se revisa en esta sentencia, se aprecia que la accionante contaba con la acción laboral de reintegro por fuero sindical, acción judicial que se caracteriza por ser expedita, ágil e idónea para controvertir los actos de desvinculación - incluso de servidores públicos- que atenten contra la garantía sindical mencionada, por lo que la Corte misma ha dicho que en estos casos la tutela no es procedente, pues el ordenamiento jurídico ofrece la vía adecuada para la protección del derecho afectado.”

“De lo anterior se concluye que la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reintegro de trabajadores con fuero sindical despedidos sin previa autorización judicial, aún como mecanismo transitorio, puesto que la acción de reintegro ostenta un carácter ágil, además de idóneo y efectivo, para la protección de los derechos de asociación y libertad sindical” subrayado fuera de texto

En este contexto, se confirmará la decisión de primera instancia, por cuanto el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, y no se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable, lo cual hace improcedente la tutela al tenor de lo previsto en el numeral primero del artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...”

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., LEY 600/2000**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo de tutela emitido el 8 de agosto de 2023, por el Juzgado 45 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta capital, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora **CLAUDIA PATRICIA MONTOYA GONZALEZ**, por intermedio de apoderado judicial, contra el **CONCEJO DE BOGOTA** y la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA**, en la que se vinculó de oficio a la **EPS SURA, COLPENSIONES, SINDICATO DE SERVIDORES PUBLICOS DEL CONCEJO DE BOGOTA** y al **MINISTERIO DEL TRABAJO**.

SEGUNDO. - ORDENAR remitir esta sentencia al fallador de primera instancia, al email: j45pmbgt@cendoj.ramajudicial.gov.co, para su conocimiento.

TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla por email a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

La sentencia se debe notificar a las partes, a los siguientes correos electrónicos:

ACCIONANTE:

occiaudidores@hotmail.com clausmontoyar@gmail.com

ACCIONADA Y VINCULADOS:

*CONCEJO DE BOGOTA: direccionjuridica@concejobogota.gov.co

*ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA: notifica.judicial@gobiernobogota.gov.co

*MINISTERIO DEL TRABAJO: notificacionesjudiciales@mintrabajo.gov.co

*EPS SURA: notificacionesjudiciales@epssura.com.co

* SINDICATO DE SERVIDORES PUBLICOS DEL CONCEJO DE BOGOTA:
sindiconcejo@concejobogota.gov.co

*COLPENSIONES: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ