

JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

Por vía de impugnación concedida a la accionante en contra del fallo del 16 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado 39 Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., conoce este Despacho de la acción de tutela instaurada por DAYAN ELIZABETH TENJO, en contra de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN, a la que fueran vinculados el MINISTERIO DEL TRABAJO, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, y SANITAS EPS.

A N T E C E D E N T E S:

ELIZABETH TENJO acude a la acción constitucional, al considerar que se han conculcado sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, calidad de vida, seguridad social, mínimo vital, conculcados por la entidad accionada.

Cuenta que, llevaba una antigüedad de más de quince (15) años con la SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACION, primero como contratista y luego se encontraba en cargo de provisionalidad como Secretaria de Rectoría en la entidad mencionada, hasta el día 19 de agosto de 2020 en el Colegio Distrital María Cano IED, de la localidad Rafael Uribe Uribe.

Que en el año 2016 el cargo que ocupaba, entró a concurso el que no pasó, por lo que en cumplimiento de la directriz de la entidad, radicó en el año 2018 la documentación donde demostraba que es madre cabeza de hogar siéndole contestado que se tendría en cuenta su solicitud.

Que fue reemplazada mediante Resolución No. 1125 de 30 de julio de 2020 en la que nombraban al nuevo funcionario, e informándole que no era posible atender su solicitud debido al concurso.

Que, para el día de entrega de cargo, su jefe elaboró un oficio en el que solicitó a la SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACION, se tuviera en cuenta su caso dado que en la institución hay necesidad de otro funcionario o en otras instituciones en donde hay mucha gente del concurso que renunciaron o no aceptaron los cargos.

Señala que desde el año 2019 en su EPS SANITAS, le diagnosticaron las patologías de trastorno de ansiedad y depresión, autorizándosele para las mismas una serie de tratamientos con psicología, psiquiatría y salud mental, como también la autorización de medicamentos e incapacidades médicas.

Razones anteriores por las que sus jefes inmediatos la autorizaban a asistir a sus tratamientos. Que debido a la carga laboral que sostenía tuvo intentos de suicidio; que se encuentra desorientada y sin posibilidad de generar ingreso para sostener a su familia en su condición de madre cabeza de familia.

Señala que no le fue notificado en los términos de tres (3) días la resolución de nombramiento del nuevo funcionario como le fue informado en primera comunicación.

Pretende con la acción se le ordene a la entidad accionada el **(i)** reintegro de la accionante (si esta así lo desea) a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía desempeñando, garantizando que las condiciones laborales sean acordes con sus condiciones de salud, así como que reciba la capacitación correspondiente para desempeñar el mismo **(ii)** que deje sin efectos la Resolución 1125 de Julio de 2020, como consecuencia de la falta de notificación personal del precitado acto administrativo a la accionante y **(iii)** que inaplique toda norma o directriz que sea contraria a sus derechos fundamentales.

DE LAS RÉPLICAS:

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC: aduce que las pretensiones de la tutelante, no son imputables, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no es esta la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por el accionante.

Concluyendo que las pretensiones de la acción de tutela frente a esta Comisión no surten efecto alguno, dado que se ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles.

Por lo que solicita declarar la improcedencia de la acción, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

MINISTERIO DEL TRABAJO: se opone a las pretensiones de la accionante arguyendo, que debe declararse la improcedencia de la acción de tutela, por falta de legitimación por pasiva, toda vez que la Entidad no tiene dentro de sus competencias la de diseñar, adelantar ni administrar los estudios, análisis y concursos que se efectúen para acceder al Sistema General de Carrera, en consecuencia solicita la desvinculación a la acción de tutela pues no existe por acción u omisión la vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Señala el carácter subsidiario de la acción de tutela, argumentando que la Honorable Corte Constitucional en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre el principio de subsidiariedad, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela; se refiere a la vinculación en el empleo público, frente a la importancia del concurso de méritos como mecanismo constitucionalmente previsto para garantizar el acceso democrático y objetivo a los cargos públicos; de la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal; y de la improcedencia por existencia de medio Judicial Ordinario considerando que existen medios judiciales y procesales ordinarios apropiados, para resolver las controversias que se derivan de los concursos de méritos adelantados.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL: informa que requirió a la Oficina de Personal, dada la acción de tutela, entidad la que respondió *"...que, en el presente caso dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de amparo, resulta improcedente acudir a la tutela como mecanismo de protección de los derechos que estima vulnerados el accionante, pues lo que pretende con el amparo deprecado es que no surta efectos la Resolución 1125 del 30 de julio, mediante la cual se dio por finalizada su vinculación Provisional, pues para ello cuenta con un medio judicial ordinario, idóneo para controvertir la legalidad de dicho acto administrativo..."*.

Que la accionante se encontraba incluida en una lista de funcionarios respecto de los cuales era procedente su protección laboral, su situación se definiría una vez se contara con la lista conformada de los elegibles proporcionada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que verificadas sus condiciones, mediante comunicación S-2020-115518 del 27 de julio de 2020, se le informó *"...que la lista de elegibles correspondiente a la OPEC 32859, se encuentra conformada por un número mayor al de los cargos a*

proveer, no resulta posible acceder favorablemente a la solicitud de protección laboral solicitada. Dicho condicionamiento fue advertido en la respuesta referida en el asunto. Igualmente, es importante resaltar que los derechos de carrera adquiridos por meritocracia y con ocasión de los concursos de méritos adelantados por la CNSC para proveer empleos públicos, priman por encima de cualquier otro derecho.” Agregando que “a pesar de haber establecido un procedimiento para instrumentar la protección laboral a funcionarios provisionales, no pudo mantener la vinculación del funcionario en cuanto no se cumplía con los condicionamientos allí establecidos... de conformidad con las previsiones establecidas en la Ley de Carrera Administrativa, la vinculación provisional que se efectuó al accionante, finalizó como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba y posesión del elegible DIEGO ANDRES ROJAS DUARTE, situación de la que previamente tenía conocimiento la accionante, toda vez que no se trataba de un nombramiento definitivo sino provisional, como se puede evidenciar en el acto administrativo de nombramiento”.

En síntesis, argumenta que es improcedente la acción, pues, no obstante, se garantizó su derecho al trabajo, vinculándola en una vacante de manera provisional, lo que era conocido por esta, reconociéndole sus salarios y prestaciones sociales durante tal periodo, relación laboral que estaba condicionada al nombramiento de periodo de prueba del elegible conforme a los lineamientos legales.

Además, cuenta con las acciones legales correspondiente a las que puede perfectamente acudir, no siendo la acción de tutela el mecanismo idóneo para definir su planteamiento.

EPS SANITAS S.A.S.: señala que la acción de tutela es improcedente frente a la EPS, pues la conducta se dirige con respecto de entidades diferentes.

Que la accionante se encuentra activa en el sistema, como cotizante dependiente del empleador SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO, si que puedan pronunciarse respecto a las pretensiones de la tutela. Agrega que “...en virtud de la Ley 1581 de 2012, por medio de la cual se dictan disposiciones generales para la PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, se hace necesario Señor Juez, que, de llegar a requerirse información detallada frente a esta usuaria, se sirva ordenar de manera clara y expresa dicho requerimiento a EPS SANITAS S.A.S...”

DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Considera, entre otras cosas, el Juzgado del conocimiento para negar la acción, que en cuanto a la estabilidad laboral reforzada, por ser madre cabeza de familia, que *"...no cumple las condiciones para ser considerada como tal, pues en efecto el tutelante es la progenitora de la menor, no obstante conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la condición de madre cabeza de familia tiene como presupuesto indispensable que esté a su cargo la dirección del hogar al igual que esa responsabilidad sea de carácter permanente y, aun así, de estar plenamente acreditado, tampoco sirve de báculo para ordenar su reintegro, pues tal y como lo refiera la cita jurisprudencial antes referida, la protección en estos eventos es relativa y, en vista que todos los cargos fueron ocupados en carrera no hay lugar a ordenar reintegro alguno, precisamente porque prima el nombramiento en carrera..."*

Además, la tutelante cuenta con otras acciones del orden administrativo a las que perfectamente puede acudir, para la pretensión de dejar sin efectos la Resolución 1125 de julio de 2020 mediante la cual se dio por finalizada su vinculación provisional ante la justicia contenciosa administrativa.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme la accionante impugna el fallo, sustentando la inconformidad en los mismos hechos planteados en la acción de tutela, reiterando la jurisprudencia patria en torno a la protección laboral reclamada, de la que dimana en su sentir la conculcación de los derechos fundamentales alegados, reiterando las pretensiones aducidas en el amparo, las que considera se le debe conceder previa revocatoria del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

1ª. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse *"contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental"*, requisitos los que en el sublite se cumplen cabalmente.

2ª. En la sentencia T-122 de 2005, la Corte Constitucional sienta los criterios para identificar los estados de subordinación e indefensión:

"La subordinación ha sido definida por la doctrina constitucional como la condición de una persona que la hace sujetarse a otra o la hace dependiente de ella y, en esa medida, hace alusión principalmente a una situación derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo o de las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo o la de los padres e hijos derivada de la patria potestad.

El estado de indefensión no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un vínculo jurídico sino en la situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental."

Se puede afirmar que, dentro de una controversia de origen contractual, la acción de tutela es procedente sólo si se verifican las condiciones específicas de las partes y se argumenta suficientemente la existencia de una situación de subordinación o indefensión.

3ª. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sentado en reiteradas ocasiones que la acción de tutela no es la adecuada para elevar pretensiones de orden laboral, dado que ésta se ha entendido como un mecanismo subsidiario de protección judicial, razón por la cual en primera instancia debe acudir a la jurisdicción ordinaria¹. No obstante, de acuerdo con la sentencia T-724 de 2009, "*.....ha reconocido que, si bien la acción de tutela es un medio subsidiario y residual de protección de derechos fundamentales, la Carta Política permite que se recurra a ella cuando los medios principales de defensa son insuficientes para conjurar un perjuicio irremediable. En estas circunstancias, la tutela se convierte en mecanismo principal de defensa judicial. (.....)*". Erigiéndose la tutela como un mecanismo de protección adecuado, en cuanto al reclamo que pueda generarse por la transgresión del derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores en condiciones de vulnerabilidad: "*.....en algunos casos, como por ejemplo cuando el titular del derecho encuentre protección relativa a la estabilidad laboral reforzada, este trámite se convierte, transitoria o definitivamente, en el mecanismo más adecuado de protección del derecho. Al adquirir dicha connotación, reemplaza los mecanismos ordinarios permitiendo solicitar el reintegro de las personas que se enmarcan en tales condiciones.*"²

Expresa el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que "*En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, (...) Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo*"; determinándose como requisito, para que el amparo de la

¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-271 de 2012, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

² Sentencia Corte Constitucional T-014 de 2014, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

acción de tutela proceda frente a un despido injustificado, que debe existir el hecho de que tal desvinculación fue fundada en las limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales de la persona y que, en consecuencia, la conducta del empleador constituye una discriminación inadmisibles a la luz del derecho a la igualdad.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse, según la misma línea jurisprudencial, que la acción de tutela, por ser un mecanismo extraordinario de defensa, sólo procede en situaciones extraordinarias, como lo es el hecho de que un trabajador se encuentre en estado de debilidad manifiesta. {3}

4ª. El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 sobre la improcedencia de la acción de tutela prevé:

"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. (.....)".

De lo que se infiere que la tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede tratarse como una instancia adicional, alternativa o complementaria de las acciones ordinarias y especiales previstas por la Constitución y la ley para la defensa de los derechos, incluidos los fundamentales, pues su finalidad, conforme a la sentencia T-100 de 19974, *".....es la defensa efectiva y actual, pero supletiva, de los derechos fundamentales ante la ausencia de otras vías judiciales....."*.

No obstante, en la sentencia T-384 de 1998, siendo Magistrado Ponente el Dr., Alfredo Beltrán Sierra, se reconoce que en algunos casos la tutela es el medio judicial más eficaz para proteger los derechos fundamentales, y que el juez constitucional debe comprobar que *".....el otro medio de defensa judicial existente debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela"*.

5ª. El artículo 53 de la Constitución Política, prevé una protección general de la estabilidad laboral de los trabajadores, la que según la jurisprudencia (Sentencia T-613 de 2011), la estabilidad laboral se refuerza cuando el trabajador es una persona que por sus condiciones particulares puede llegar a sufrir un grave detrimento a raíz de una desvinculación abusiva.

3 Sentencia Corte Constitucional T-002 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo
4 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Razón por la que el legislador estableció la prohibición de despedir trabajadores con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta cuando dicho despido se dé en razón de su condición, sobre la base de que se trata de medidas discriminatorias que atentan contra la igualdad y el deber de solidaridad. Disponiendo la jurisprudencia Constitucional, sobre este aspecto, que:

".....el llamado expreso de la norma superior a que las relaciones entre las personas se desarrollen bajo el principio de la solidaridad, debe extenderse a aquellas de carácter laboral. En ese sentido, las relaciones laborales deben respetar principios constitucionales que, como el de solidaridad, permiten a las partes reconocerse entre sí, como sujetos de derechos constitucionales fundamentales, que quieren desarrollar su plan de vida en condiciones mínimas de dignidad, y que para hacerlo, requieren apoyo del Estado y de los demás particulares, especialmente, en aquellas situaciones en las que las desigualdad material, la debilidad física o mental, o la falta de oportunidades, les imponen obstáculos mayores en la consecución de sus metas. (.....)"5

Y, además en la Sentencia de la Corte Constitucional T-198 de 2006, siendo Magistrado Ponente el Dr., Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló:

".....se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.....implica una restricción debida a la deficiencia de la facultad de realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera normal para el ser humano en su contexto social. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral..."

En el caso de la protección especial que ostentan las madres cabeza de familia, la sentencia SU-388 de 2005 precisó:

"... no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la

muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.”

Tal protección implica “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.” (Sentencia T-1040 de 2001)

Se ha establecido una presunción en contra del empleador cuando en el despido no media la autorización de la autoridad laboral competente, la cual se encuentra justificada, de acuerdo con la sentencia T-1083 de 2007, en que el hecho de “exigir la prueba de la relación causal existente entre la condición física, sensorial o psicológica del trabajador y la decisión del empleador constituye una carga desproporcionada para una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad evidente. (...) La complejidad de dicha prueba aumenta, si se tiene en cuenta que, las más de las veces, los motivos que se exponen en las comunicaciones de despido son aparentemente ajustados a derecho.”

Según la sentencia T-271 de 2014, señala que de comprobarse que el empleador irrespetó las reglas que rigen la desvinculación de trabajadores que gozan de estabilidad reforzada, habrá lugar a tres consecuencias: **(i)** el despido es ineficaz, por lo que el empleador deberá proceder al reintegro del trabajador; **(ii)** deberá pagarse a favor del trabajador desvinculado los aportes al Sistema de Seguridad Social que se causaron entre el momento en que se produjo el despido y su reintegro efectivo, y **(iii)** deberá pagársele al trabajador desvinculado la indemnización prevista por la ley.

6ª. En el presente caso, se ha determinado, que la tutela no es el medio idóneo para proteger los derechos de la accionante, pues no se demuestran las condiciones señaladas por la jurisprudencia para la concreción del estatus de ser madre cabeza de familia y, así, optar por la estabilidad laboral reforzada, por lo que sí, en sentir de la petente considera que su despido no fue reglado por la legitimidad, puede perfectamente acudir a la justicia laboral ordinaria y/o, como en este caso que se pretende la inaplicación de una resolución administrativa, sería ante el contencioso administrativo, quien es el competente para dirimir el conflicto, más cuando el despido se originó en las circunstancias de ser una empleada en provisionalidad, desplazada por quien se encuentra escalafonado o inscrito en carrera. Situación está que era del pleno conocimiento de la tutelante cuando fue designada en tal

condición; imperando así la negativa de la acción y consecuencial confirmación del fallo materia de impugnación.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

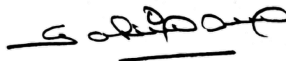
R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo del 16 de septiembre de 2020 emitido por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., acorde con lo analizado en precedencia.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes en los términos del artículo 30 del decreto 2591/91.

TERCERO. En su oportunidad, por secretaría remítase la actuación a la Honorable Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
JUEZ