

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., Once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022.).

Ref. Acción de Tutela de Segunda Instancia. No. 11001-40-03-047-2022-00804-01.

Procede el Despacho a proferir la respectiva providencia dentro del trámite de tutela de la referencia, una vez agotado el trámite de ley.

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

La presente acción de tutela es promovida por **SANDRA LILIANA ESPITIA CASTILLO** contra **SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO**.

II. ANTECEDENTES:

A. Las peticiones:

La solicitud de amparo constitucional se dirige a que mediante este instrumento se tutele sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital y dignidad humana, y, en consecuencia, se le ordene a la encartada a reubicarla en la vacante de orientación del colegio Jhon F Kenennedy de Bogotá, que está sin docente orientador y/o ubicación en Orientación escolar cargo del nombramiento con las recomendaciones médicos laborales.

B. Los hechos:

1. Relató que estando laborando en estado de incapacidad por enfermedad de origen profesional, en el Colegio Republica Dominicana IED, fue reemplazada, sin poder siquiera entregar su cargo al profesor en propiedad que había sido asignado.

2. Que, informó a la accionada las recomendaciones médicas el 31 de mayo, 4 de junio y 5 de julio de 2022, quienes le indicaron que sería llamada para su reubicación laboral, sin que ello sucediera.

3. Señaló, que previo a ser desvinculada del Colegio Republica Dominicana IED, solicitó a través de derecho de petición se le informara si existía vacante disponible en el colegio Jhon F Kennedy, a lo cual le indicaron que sí, pero no fue reubicada allí, pese a estar libre desde el 16 de junio de 2022, y, que posteriormente recibió un acta de inexistencia de vacantes para firmarla.

4. Afirma, que es madre de cabeza de hogar, que fue desvinculada de forma arbitraria y estando incapacitada por haber denunciado una situación de un presunto abuso sexual por parte de un docente en el colegio Tibabuyes Universal.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia calendada 11 de julio de 2022, el Juzgado de primera instancia, negó el amparo deprecado por la actora, argumentando que tal y como lo advirtió la Secretaría de Educación en su contestación, la desvinculación de la accionante del Colegio Tibabuyes Universal había sido conocida por el Juzgado Doce (12) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá quien negó las pretensiones de la demandante. Señaló además que, conforme las pruebas obrantes, la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante en su cargo de Orientadora del Colegio República Dominicana (IED) se debió a la llegada del docente en propiedad y no por una cuestión de retaliación por las denuncias hechas al interior del Colegio Tibabuyes como había señalado.

Que se encontraba probado que la Secretaría de Educación del Distrito había adelantado el procedimiento establecido en el Decreto 2105 de 2017, esto era, citar a audiencia el 21 de junio de 2022 con el ánimo de realizar el traslado de la docente en provisionalidad a una nueva vacante definitiva, pero no había sido posible dada la inexistencia de vacantes de acuerdo con el perfil del(la) docente de conformidad con la resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, expedida por el Ministerio de Educación Nacional en el área de ORIENTACIÓN y según el perfil de licenciado en Psicopedagogía con énfasis en asesoría educativa.

Precisó, que pese a la accionante contar con algunas recomendaciones médicas, las mismas no daban cuenta que fuera una persona de especial protección constitucional, máxime cuando las incapacidades allegadas correspondían a enfermedades generales por las cuales le dieron 2 y 3 días de incapacidad respectivamente, razón por la cual no concurrían las circunstancias especiales que ameritaran la intervención del juez constitucional para ordenar su reubicación en la vacante de orientación del colegio John F Kennedy en Bogotá, y, tampoco se encontraba en la argumentación de la actora sustento alguno que llevara a concluir la existencia de perjuicio irremediable, urgente y grave, aunado al hecho que no había aportado prueba si quiera sumaria que acreditara lo anterior y la necesidad impostergable de la acción de tutela.

III. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Contrario-sensu a lo señalado por el *A quo*, la accionante impugnó el fallo proferido e indicó que en virtud de las incapacidades médicas, si se encontraba en una situación de debilidad manifiesta y de excepcional prelación para que se le hubiera reubicado en el Colegio Jhon F Kennedy, que afirma se encuentra sin docente orientador.

Agregó, además, que no se valoró la ponderación del derecho a la remoción de los empleados en provisionalidad versus la estabilidad laboral reforzada que amerita su condición actual de salud.

IV. CONSIDERACIONES:

1. La acción de tutela:

El procedimiento diseñado por nuestra Carta Magna para la protección efectiva de los derechos fundamentales que ella consagró, lo definió y reguló en su artículo 86, al implantar el mecanismo extraordinario y residual de la acción de tutela, en donde, no solo se protegió a todas las personas de las acciones y

omisiones de la autoridad pública, sino que además su radio de aplicación se amplió, incluso a la trasgresión provocada por los particulares cuando su conducta afecte grave o directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 42 Dto. 2591/91).

1.1. Así también, es menester destacar que la acción de tutela se rige por el principio de subsidiariedad, el cual implica que solo proceder cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, sin embargo, es dable memorar que la Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones: ¹

(i) *cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

(ii) *cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

2. El problema jurídico a resolver:

De acuerdo con los antecedentes anteriormente expuestos, el problema jurídico gravita en establecer si de cara al estado de salud del accionante era una persona de especial protección constitucional y en ese sentido debía prevalecer su condición ante la persona que ingresó en propiedad al cargo que ejecutaba.

3. Marco legal y Jurisprudencia aplicable al asunto sub examine:

3.1. Del derecho de estabilidad laboral reforzada

La Corte ha sostenido que, en virtud del principio de igualdad consagrado en la Constitución Política, el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para que ese mandato sea real y efectivo. De ahí que esta la Honorable Corte Constitucional, haya interpretado que: *“el principio de igualdad deja de ser un concepto jurídico de aplicación formal, para convertirse en un criterio dinámico, que debe interpretarse de conformidad con las circunstancias particulares que rodean a cada persona, pretendiendo con ello el logro de una igualdad material y no formal”*²

Del mismo modo, en el inciso 3° de esta misma disposición se contempla una protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta, que como ha sido desarrollada jurisprudencialmente, incluye a los sujetos que por su condición de salud son situados en contextos desfavorables para el desarrollo de su trabajo.

Precisamente, a favor de las personas que padecen limitaciones físicas o mentales, se deriva la estabilidad laboral reforzada, cuyo fin, de manera general, es proteger su derecho al trabajo, mediante diferentes mecanismos que garanticen que su vínculo laboral no se verá afectado de manera desfavorable por condiciones que afecten su salud, por el contrario a un trabajador que goce de esta prerrogativa se le debe garantizar un trato equitativo, al procurar que se continúe el vínculo laboral donde a partir de sus limitaciones o discapacidades el empleador genere un espacio y/o ambiente laboral donde pueden desempeñar sus funciones de una manera adecuada y sin que ello resulte en una afectación mayor a su salud.

¹ Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

² Véase, Sentencia T-871 del 21 de julio de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En ese sentido se hace necesario hacer una aproximación a tres presupuestos fundamentales, para clarificar la procedencia de la aplicación de la estabilidad reforzada, veamos:

(a). Al margen del grado de afectación de salud, siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve:

En desarrollo de lo anterior, la Corte consideró necesario diferenciar entre la discapacidad que siendo el género³ exige una“(…) restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad (…)”⁴ dentro del contexto particular del ser humano, (ii) la cual si es severa – mayor del 50% de pérdida de capacidad laboral- configurará una situación de invalidez o (iii) **si es menor o no ha sido calificada deberá entenderse como una disminución física, psíquica o debilidad manifiesta que impide el cumplimiento de una función, que en otras condiciones, podría desempeñarse por la persona de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales**⁵ (resaltado propio)

Así entonces, la jurisprudencia ha sido enfática en resaltar que esta garantía no sólo se predica de las personas en situación de discapacidad grave y permanente, calificada por la ley como invalidez, sino también de aquellos que, por su estado de salud, limitación física o psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta⁶.

Conviene indicar que en la SU-049 de 2017 la Sala Plena estableció que **la estabilidad laboral reforzada cubija a todo aquel que presente una situación grave o relevante de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores**; por tanto, esta protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, o cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral.

(b). El empleador debe tener conocimiento de las afecciones de salud del trabajador, al momento de su desvinculación. ⁷

En efecto, este requisito adquiere especial relevancia, pues al probarse que el empleador conocía de los padecimientos de su trabajador y aun así término el vínculo laboral, sin acatar los procedimientos contemplados legalmente para su desvinculación, conllevaría a una vulneración a sus derechos.

(c). Se presume la discriminación cuando el empleador, conociendo la situación, retira del servicio a una persona que por sus condiciones de salud es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada:

3 En la sentencia T-148/12 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) se aclaró que “De conformidad con la línea trazada por la Corte en la sentencia T-198 de 2006, recogida por la sentencia T-906 de 2011, “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 inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa”. / De allí se desprende que si una persona pierde el 50% o más de su capacidad laboral, es inválida y pertenece al grupo más amplio de discapacitados; y si pierde menos del 50%, es discapacitada./ Sin embargo, este concepto de discapacidad obliga a que la persona haya sido calificada, exigencia que la jurisprudencia constitucional no ha impuesto a las personas que aspiran ser cubiertas por la estabilidad laboral reforzada. Esto implica, entonces, que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados sino también de los no calificados, pues la discapacidad es una condición comprobable empíricamente en la realidad que no puede sujetarse a una formalidad como el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, en estricto apego al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 de la C.N.”).

4 Corte Constitucional. Sentencia T-361/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

5 Ibidem.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-461/15 (M.P. Myriam Ávila Roldán) que reiteró los postulados desarrollados en la sentencia T-188/14 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

7 T-420 de 2015

Por la presunción de despido discriminatorio, se entiende que si una persona es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada y el empleador no ha logrado desvirtuar que fueron las circunstancias de debilidad manifiesta del trabajador las que dieron origen al despido sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, debe el juez constitucional concluir que con la terminación del vínculo laboral hubo una grave afectación a los derechos del empleado⁸

Precisamente, “*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esa Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*”⁹

En similar sentido, en la sentencia T-647 de 2015 se dispuso que esta presunción aplica aun cuando la persona que solicita la estabilidad laboral reforzada no hubiere sido calificada.

Así entonces, quienes sean titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada se benefician de dos normas de carácter fundamental: (i) en primer lugar, de la prohibición que pesa sobre el empleador de despedir o terminar el vínculo contractual con una “persona (...) [p]or razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo” y, (ii) en segundo, de la obligación del juez de presumir el despido discriminatorio, cuando una persona en circunstancias de debilidad manifiesta es desvinculada del empleo sin autorización de la oficina del trabajo, caso en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción¹⁰.

Ahora bien, la Corte ha estimado que cuando el trabajador es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, lo es con independencia del tipo de vinculación laboral en que se encuentre¹¹, esto es, contrato a término fijo, indefinido, por duración de la obra¹². Es decir, pese a la existencia de causas objetivas para la terminación del vínculo laboral (art. 61 C.S.T), las mismas no son suficientes para terminar la relación laboral si no se cumplen con las cargas contenidas el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en punto a la autorización del Ministerio de trabajo¹³.

En ese orden de ideas, la sola llegada del plazo pactado por las partes en el contrato de trabajo, “no es una razón constitucionalmente sostenible para finalizar el vínculo laboral”, en tanto implica el desconocimiento del principio a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y de los derechos fundamentales de las personas que tienen algún tipo de discapacidad o limitación, “al quedar en una situación de total desprotección, poniendo en vilo uno de los principios estructurantes del Estado Social de Derecho, cual es, la dignidad humana”¹⁴.

3.2. De la provisión de cargos en el sistema especial de carrera docente.

De conformidad con el Decreto 490 de 2016 se tiene que: “ARTÍCULO 2.4.6.3.12. Terminación del nombramiento provisional. La terminación del

⁸ T-692 de 2015

⁹ T-041 de 2019

¹⁰ T-372 de 2017

¹¹ T-449 de 2008

¹² T-589 de 2017

¹³ Ib.

¹⁴ T-226 de 2012 y T-819 de 2008

nombramiento provisional en un cargo en vacancia definitiva se hará en los siguientes casos. mediante acto administrativo motivado que deberá ser comunicado al docente:

1. Cuando se provea el cargo por un docente, en aplicación de los criterios definidos en los numerales 1, 2, 3, 4 o 5 del artículo 2.4.6.3.9 del presente decreto.

2. Por calificación insatisfactoria.

3. Por imposición de sanciones disciplinarias, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

4. Por otra razón específica atinente al servicio que está prestando y que debería prestar el docente. El nombramiento provisional en una vacante temporal será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa que generó dicha vacancia. Este tipo de nombramiento también terminará cuando el docente titular que renunció a la situación administrativa que lo separó temporalmente del cargo se reintegre al mismo.

3.3. De los cargos en provisionalidad temporal. Frente a los cargos en provisionalidad, la Corte Constitucional, en sentencia T-147 de 2013⁷ indicó:

“La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.”

4. El Caso Concreto:

Descendiendo al *sub-examine*, y, revisado el expediente se advierte desde ya la confirmación del fallo impugnado, por cuanto, no se evidencia dentro del proceso la acreditación de un perjuicio irremediable que sugiera a esta Juzgadora la posibilidad de resolver la controversia de manera extraordinaria a través de una acción de tutela.

A la anterior conclusión se allega luego de revisado las pruebas obrantes en el plenario, de donde se advierte que la accionante **SANDRA LILIANA ESPITIA CASTILLO**, mediante audiencia celebrada por la Secretaría de Educación del Distrito, el 28 de febrero de 2022, seleccionó la vacante No. 368540, en el Colegio Republica Dominicana, iniciando labores el 8 de marzo de 2022.

Que posteriormente, el Colegio Republica Dominicana, reportó sin asignación académica a la accionante por la llegada del **docente en propiedad**, advirtiéndose que la demandada adelantó el trámite establecido en el Decreto 2105 de 2017, citando a la demandante a audiencia el 21 de junio de 2022, a fin de proceder a su nombramiento en alguna vacante disponible afín con su perfil, lo cual según se lee del acta aportada tanto por la accionante y accionada, no fue posible por no existir vacantes disponibles en el área y perfil de esta.

Ahora, en cuanto a la supuesta vacante disponible que se presentó o se presenta en el Colegio John F Kennedy, y la accionada no le ofertó pese habérselo requerido, nótese, que mediante comunicado adiado 23 de junio de 2022, se le informó dicha vacante había sido ofertada y ocupada a través del Sistema Maestro dispuesto por el Ministerio de Educación Nacional el 14 de junio de 2022, es decir, antes de la audiencia a la cual fue citada la accionante y se analizaron las posibles vacantes disponibles en su área y perfil.

Así, no infiere esta Juez Constitucional vulneración alguna a las prerrogativas constitucionales de la accionante, en la medida que se ha actuado bajo el imperio de las normas que regulan dicho proceso, inclusive se advierte diligencia en el actuar de la accionada en su actuar. Observándose por el contrario que la queja de la accionante se fundamenta más en pareceres y no en hecho reales, es decir, no se advierte ningún acto o conducta que permita inferir una posible discriminación hacia su persona.

A tono con lo anterior, en punto de la estabilidad laboral que afirma la accionante no se tuvo en cuenta por parte de la accionada para su desvinculación, debe precisar el Despacho que tal como se indicó en párrafos precedentes, la desvinculación obedeció a la llegada del docente en propiedad y no por mero capricho de la institución educativa en la cual laboraba, y, en lo que respecta a la debilidad manifiesta o especial protección constitucional por razones de salud, la accionante no aportó prueba alguna que probara padecer un diagnóstico que le impidiera desarrollar las actividades propias de su cargo, pues, de las recomendaciones aportadas no se vislumbra ningún diagnóstico que itérese merme la capacidad laboral de la accionante o en su defecto le dificulte desarrollar en debida forma sus labores.

Nótese, que las incapacidades allegada son por 2 y 3 días, por el diagnóstico de *“REACCION DE HIPERSENSIBILIDAD DE LAS VIAS RESPIRATORIAS SUPERIORES, SITIO NO ESPECIFICADO - AMIGDALITIS AGUDA, NO ESPECIFICADA”*, lo cual no luce suficiente para determinar la imposibilidad en comento, pues si miran bien las cosas la actora no estuvo incapacitada por períodos prolongados o en múltiples oportunidades, amén que se itera que se echa de menos cualquier prueba proveniente del campo científico o laboral, que indique que en razón a esta patología la actora no pudiese desenvolver su labor de manera normal o que contara con restricciones para ello.

En ese orden de ideas se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Siete (47) Civil Municipal de Bogotá, le pasado 11 de julio de la presente anualidad.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo (8) Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo adiado once (11) de julio de 2022 proferido por el Cuarenta y Siete (47) Civil Municipal de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR que por secretaría se notifique la presente decisión a las partes involucradas y al Juzgado de primera instancia por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

**EDITH CONSTANZA LOZANO LINARES
JUEZ**

Firmado Por:

Edith Constanza Lozano Linares

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 008

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **524bac67ccdb04557ed456e6daee337fc49eabadd975efa1bf38b419d7a8b0f2**

Documento generado en 11/08/2022 12:13:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>