

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00757-00

ACCIONANTE: INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA

ACCIONADA: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de octubre del año dos mil veintidós (2022) procede este despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por la señora **INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**.

RESEÑA FÁCTICA

En lo que atañe al objeto de la acción de tutela, indica la accionante que fue vinculada a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** desde el 11 de mayo de 2020, mediante la Resolución N° 0770, con el objetivo de realizar el remplazo del docente Brayan Alexis Garzón Malagón, vacante de encargo en la Institución Educativa Distrital Los Pinos.

Que el 12 de octubre de 2021 por medio de informe de ecografía obstétrica, confirmó su estado de embarazo correspondiente a 13 semanas y 4 días.

Que el 03 de noviembre de 2021 le comunicó al rector de la IED Los Pinos, su estado de embarazo, mediante correo electrónico.

Que el 05 de diciembre de 2021 el rector le entregó carta de finalización de labores, siendo despedida en estado de embarazo.

Que a partir de esa fecha quedó desprotegida económicamente, y privada del servicio de salud.

Que durante los meses de diciembre de 2021, enero y febrero de 2022, presentó dificultades en su embarazo, las cuales no pudieron ser atendidas.

Que el 23 de diciembre de 2021 presentó una petición ante la jefe de personal docente, solicitando su reintegro.

Que el 19 de enero de 2022 recibió respuesta, en la que se le indicó que debía hacerse nueva vinculación como docente provisional y que dicho proceso estaba en trámite.

Que el 10 de febrero de 2022 se le notificó la Resolución 0053 de 2022, mediante la cual fue nombrada como docente provisional en la IED Antonio Van Uden.

Que en el artículo tercero de ese acto administrativo, la entidad reconoció su falla y ordenó el pago del periodo comprendido entre la última desvinculación y la fecha en que fuera ingresada nuevamente a nómina, pero que, a la fecha, no se ha realizado el pago.

Que el 06 de junio de 2022 nació su hijo Samuel David Feria Martínez, en medio de una difícil situación económica por la omisión de la entidad.

Que el 26 de julio de 2022 presentó una petición ante la jefe de personal docente, solicitando el pago de la prima de servicios, y de los sueldos y prestaciones sociales dejadas de pagar desde el día de la desvinculación hasta el día del reintegro.

Que en respuesta del 25 de agosto de 2022 se le informó que no cumplía el periodo requerido para recibir el pago de la prima de servicios, manifestación que desconoce que su desvinculación fue ilegal; además, no se le otorgó respuesta frente a lo demás.

Por lo anterior, solicita se ordene a la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** (i) pagarle los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, correspondientes a los meses de diciembre de 2021, enero de 2022 y febrero de 2022; (ii) reembolsarle el descuento del 33% que se le realizó por el nuevo contrato laboral, siendo que el primer contrato no se debió haber finalizado debido a su estado de embarazo; (iii) pagarle de la prima de servicios del primer semestre del 2022, y (iv) pagarle una indemnización por daños y perjuicios psicológicos, emocionales y económicos causados.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ

La accionada allegó contestación el 12 de octubre de 2022, en la que informa que la accionante está nombrada actualmente en una vacante provisional en el área de preescolar, en la IED Antonio Van Uden.

Que la accionante fue vinculada inicialmente en la vacante provisional 340913, mediante Resolución 006 del 06 de enero de 2021, con fecha de finalización el 05 de diciembre de 2021, en la IED Los Pinos.

Que con ocasión del estado de gravidez de la accionante y la *supuesta* terminación de su vinculación, siendo que el nombramiento era de carácter temporal y solo iba hasta el 05 de diciembre de 2021, se hizo necesario adelantar las actuaciones administrativas necesarias para garantizar la licencia de maternidad y su periodo de lactancia.

Que se profirió la Resolución No. 0053 del 21 de enero de 2022, en cuyo artículo tercero se estableció de forma clara que se ordenaba reconocer y pagar a favor de la docente *“la suma generada en el periodo comprendido entre la última desvinculación y la fecha en que sea ingresada a nómina... por concepto de salarios generados...”*.

Que realizó la verificación de los pagos realizados en el aplicativo *Humano*, identificando que no se ha pagado el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2021 y el 6 de febrero de 2022.

Que registró la novedad en el aplicativo *Humano* para que se liquide en la nómina de noviembre de 2022, teniendo en cuenta que el calendario para la nómina de octubre de 2022 se encuentra cerrado.

Que, una vez actualizados los registros de continuidad de la vinculación de la funcionaria en el sistema de información *Humano*, la Oficina de Nómina debe proceder a reliquidar los conceptos que se vieron afectados en las nóminas correspondientes.

Conforme a lo anterior, solicita declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, teniendo en cuenta que ha quedado superada la causa que dio origen a la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital de la señora **INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA**, presuntamente vulnerados por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** al no haberle pagado (i) salarios y prestaciones sociales entre el 6 de diciembre de 2021 y el 6 de febrero de 2022, (ii) aportes al Sistema de Seguridad Social en ese periodo, (iii) prima de servicios del 2022-1, y (iv) una indemnización por daños y perjuicios?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter **subsidiario**, es decir, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y

¹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración². Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales³.

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la acción de tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: **(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, **el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela**. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la

² Sentencia T-753 de 2006.

³ Sentencia T-406 de 2005.

⁴ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte⁵ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁶.

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, “*como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente*”⁷.

En síntesis, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y la naturaleza legal de las relaciones laborales, implican, en principio, la improcedencia de la acción de tutela, pues tratándose de trabajadores, éstos tienen a su disposición acciones judiciales específicas para solicitar el restablecimiento de sus derechos. Sin embargo, ante indiscutibles condiciones de debilidad de quien reclama, aquellas acciones ordinarias pueden resultar inidóneas o ineficaces para brindarles un remedio integral, motivo por el que la protección procederá de manera definitiva. La protección también podrá concederse, aunque de manera transitoria, si se verifica la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE ACREENCIAS LABORALES (T-040 de 2018 y T-043 de 2018).

En lo que respecta al reconocimiento de acreencias laborales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión no es susceptible de ampararse por esta vía, por cuanto en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria laboral, o la jurisdicción de contenciosa administrativa tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso. Sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la procedencia del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias cuando se afecta el derecho fundamental al mínimo vital.

⁵ Sentencia T-290 de 2005.

⁶ Sentencia T-436 de 2007.

⁷ Sentencia T-649 de 2011.

Sobre este punto, la Sentencia T-457 de 2011 indicó que:

“[p]or regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales, entre ellas el salario o contraprestación mensual, es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital”.

Para tal efecto, el citado derecho se ha entendido como: *“aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, etc.”*⁸ De ahí que su conceptualización no sólo comprenda un componente cuantitativo vinculado con la simple subsistencia, sino también un elemento cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional. En todo caso, siempre que se alega su vulneración, es necesario que el interesado pruebe los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.

Ahora bien, es preciso señalar que en el área del derecho laboral y de la seguridad social existen dos tipos de derechos: los inciertos y discutibles, y los ciertos e indiscutibles.

Un derecho es cierto e indiscutible cuando está incorporado al patrimonio de un sujeto y hay certeza sobre su dimensión, es decir, cuando hayan operado los supuestos de hecho de la norma que lo consagra, así no se haya configurado aún la consecuencia jurídica de la misma. Por el contrario, un derecho es incierto y discutible cuando (i) los hechos no son claros; (ii) la norma que lo prevé es ambigua o admite varias interpretaciones, o (iii) su origen está supeditado al cumplimiento de un plazo o condición y existe una circunstancia que impide su nacimiento o exigibilidad.

La Corte Constitucional ha sostenido que por regla general la liquidación y pago de acreencias laborales escapa del ámbito propio de la acción de tutela, y solo de manera excepcional, se ha admitido su procedencia ante la falta de idoneidad del medio de defensa ordinario. No obstante, en cualquier caso, resulta indispensable el carácter cierto e indiscutible de las acreencias laborales que se reclaman, pues de ahí surge precisamente la transgresión de los derechos fundamentales cuya protección se solicita⁹:

⁸ Sentencia T-457 de 2011.

⁹ Sentencia T-001 de 1997. Reiterada en las sentencias SU-995 de 1999, y T-1983 de 2000.

*“El juez de tutela no puede ordenar el pago de un derecho incierto y discutible, pues aquello escapa de la órbita constitucional para radicarse en una discusión de rango legal que debe resolverse en la jurisdicción competente. **En este orden de ideas, la acción de tutela sólo procede para el pago de derechos económicos, cuyo carácter cierto e indiscutible evidencia la trasgresión de derechos fundamentales.**”¹⁰*

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se invoca con el objetivo de superar en forma pronta y eficaz la vulneración, para que el juez constitucional pueda impartir órdenes de protección dirigidas a materializar las garantías fundamentales involucradas, resulta primordial la certeza y carácter indiscutible de las acreencias laborales con las que se lograría la realización efectiva de dichos derechos. De manera más concreta, la jurisprudencia ha establecido que la protección de derechos fundamentales que dependen del cumplimiento de obligaciones laborales, requiere que se trate de derechos ciertos e indiscutibles reconocidos por el empleador y que sean ordenados por las normas laborales o declarados por medio de providencias judiciales en firme¹¹.

Ahora bien, lo anterior de ninguna manera significa que quien reclame la existencia de acreencias laborales inciertas y discutibles no pueda acudir a las vías ordinarias para obtener su declaración, pues lo que se busca es precisamente que todas aquellas controversias carentes de incidencia constitucional, debido a su ausencia de definición plena, quedan sometidas al escrutinio del juez laboral¹². En Sentencia T-1496 de 2000, la Corte sintetizó las reglas que la jurisprudencia ha decantado para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamación de acreencias laborales:

“(…) la Corte ha señalado que una controversia laboral puede someterse a juicio de tutela, desplazando el medio ordinario de defensa cuando se reúnan las siguientes condiciones: (1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral, puesto que si lo que se discute es la violación de derechos de rango legal o convencional, su conocimiento corresponderá exclusivamente al juez laboral; (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, ya que si para la solución del asunto es necesaria una amplia controversia judicial, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria pues dicho debate escapa de las atribuciones del juez constitucional y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y no resulte adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental.”

En esa medida, mientras las controversias que recaen sobre derechos ciertos e indiscutibles pueden ser tramitadas ante la jurisdicción constitucional, a condición que se cumplan los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, las que giran en torno a la

¹⁰ Sentencia T-1983 de 2000.

¹¹ Sentencia SU-995 de 1999.

¹² Sentencia T-194 de 2003.

declaración de derechos inciertos y discutibles deben discutirse necesariamente en la jurisdicción ordinaria. Lo anterior en razón a que mientras los primeros constituyen una garantía para las personas cuya renuncia implica una vulneración a sus derechos fundamentales, los segundos, al tener un carácter transable y renunciable, implican una dimensión prestacional o económica que compete resolverlos al juez laboral.

CASO CONCRETO

La señora **INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA** interpone acción de tutela en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital.

Afirma la accionante que fue desvinculada laboralmente por parte de la accionada el 05 de diciembre de 2021, a pesar de que se encontraba en estado de embarazo, motivo por el cual, mediante la Resolución No. 0053 del 21 de enero de 2022, se ordenó su nombramiento provisional en la IED Antonio Van Uden para garantizar su fuero de maternidad y, en el artículo tercero se ordenó reconocer y pagar *“la suma generada en el periodo comprendido entre la última desvinculación y la fecha en que sea ingresada a nómina”*, sin embargo, no le han sido pagados.

Por ello, solicita se ordene a la accionada (i) pagarle salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, de diciembre de 2021, enero de 2022 y febrero de 2022; (ii) reembolsarle el descuento del 33% que se le realizó por el nuevo contrato, siendo que el primer contrato no se debió haber finalizado debido a su estado de embarazo; (iii) pagarle de la prima de servicios de 2022-1, y (iv) pagarle una indemnización por daños y perjuicios psicológicos, emocionales y económicos.

Por su parte, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** en la contestación corroboró que, la accionante se encuentra vinculada como docente del distrito en provisionalidad en la IED Antonio Van Uden, y aceptó la existencia de la deuda alegada, especificando que se trata del periodo comprendido entre el 06 de diciembre de 2021 y el 06 de febrero de 2022. Así mismo, afirmó que había registrado la novedad en el aplicativo *Humano* para liquidar el pago en la nómina del mes de noviembre de 2022.

Teniendo en cuenta los antecedentes esbozados y previo a realizar un análisis de fondo, es necesario determinar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela: inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la **inmediatez**, encuentra el Despacho que, el hecho alegado por la accionante como vulnerador de sus derechos fundamentales, es la falta de pago de sus acreencias laborales, conforme a lo dispuesto en el numeral tercero de la Resolución No. 0053 del 21 de enero de 2022. De acuerdo con ello, se evidencia que, entre la fecha de la última reclamación elevada por la accionante ante la accionada para el reconocimiento de dichos emolumentos (26 de julio de 2022)¹³, y la presentación de la acción de tutela (10 de octubre de 2022), ha transcurrido un término razonable.

Sin embargo, en el *sub examine* no se encuentra cumplido el requisito de **subsidiariedad** para que la controversia se ventile por medio de la acción de tutela, por las razones que pasan a exponerse:

Tal como se expuso en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En este caso, la discusión deviene de la mora en el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social de la accionante, de conformidad con lo resuelto en la Resolución No. 0053 del 21 de enero de 2022; así como sobre la procedencia de la prima de servicios del primer semestre del año 2022, y de los presuntos perjuicios económicos y sicológicos causados a la accionante.

En ese orden, como la relación que une a las partes es de naturaleza legal y reglamentaria, atendiendo a que la actora ostenta la calidad de servidora pública, en virtud del parágrafo 2 del artículo 105 de la Ley 115 de 1994¹⁴, el presente es un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como se desprende del numeral 4 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, que prevé: *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer... de los siguientes procesos... 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.”*

No obstante, la accionante no acudió al juez contencioso administrativo para la resolución de su conflicto, sino que consideró prioritario acudir a la acción de tutela, situación frente a la cual debe advertirse que, prescindir del procedimiento y del juez natural de la causa,

¹³ Páginas 51 a 53 del archivo pdf 001. AcciónTutela

¹⁴ “PARÁGRAFO 2.- Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial”.

comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que éstas no pueden estar supeditadas a la voluntad de la peticionaria de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En ese orden, como quiera que en el *sub examine* existe otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como mecanismo transitorio de protección en caso de que se comprobara que la accionante se encuentra sometida a la posible materialización de un *perjuicio irremediable* o que ostenta las características para considerar que es una persona en situación de *debilidad manifiesta*.

Sin embargo, en el presente asunto no hay prueba de la afectación cierta, actual, inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos fundamentales invocados, que evidencie que la controversia necesariamente deba resolverse en el escenario constitucional.

En **primer lugar**, nótese que, en los hechos 7 y 9 del escrito de tutela, la accionante manifiesta que, durante los meses en que estuvo desvinculada, esto es, del 06 de diciembre de 2021 al 06 de febrero de 2022, tuvo dificultades económicas y de salud que no pudo atender debido a la falta de pago de sus acreencias laborales, lo que le impidió culminar su embarazo de forma satisfactoria.

Al respecto, es necesario indicar que, según lo informado por la accionada en su contestación, si bien la accionante estuvo desvinculada en el referido periodo, reingresó a la nómina el 07 de febrero de 2022, y según el hecho 15, su hijo nació el 06 de junio de 2022, por lo que es dable inferir que durante los meses de febrero a junio la actora contó y cuenta con afiliación activa para la prestación de los servicios de salud.

Lo anterior se corrobora, además, con los documentos aportados con la acción de tutela, a saber: (i) indicaciones médicas emitidas el 25 de febrero de 2022, donde se registra que la señora **INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA** tiene la calidad de cotizante del convenio Servisalud, Unión Temporal encargada de la prestación del servicio de salud del régimen del Magisterio¹⁵; (ii) certificado de incapacidad No. 255066, otorgado a la accionante por el médico adscrito a la UT Servisalud, frente a la incapacidad generada

¹⁵ Página 46 del archivo pdf 001. AcciónTutela

entre el 24 y el 28 de mayo de 2022¹⁶; y (iii) certificado de incapacidad No. 256897, otorgado a la accionante por el médico adscrito a la UT Servisalud, frente a la incapacidad generada entre el 30 de mayo y el 05 de junio de 2022¹⁷.

Lo anterior confirma que, no es **actual** la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal, por falta de cotizaciones al sistema de seguridad social, pues, contrario a ello, según el dicho de la propia accionante, dicha omisión ocurrió únicamente durante el periodo comprendido entre el 06 de diciembre de 2021 y el 06 de febrero de 2022. Tal circunstancia contraría el objeto de la acción de tutela, que no es otra que la defensa efectiva e inmediata de derechos fundamentales que se encuentren vulnerados o amenazados.

En **segundo lugar**, en el hecho 15 y en la pretensión 6 del escrito de tutela la accionante manifiesta que la omisión en que ha incurrido la accionada la ha afectado económicamente, siendo que es una mujer que debe velar por el bienestar de dos hijos menores de edad, que no cuenta con la ayuda de ningún familiar, y que la falta de pago de las acreencias laborales le ha impedido sufragar el arriendo y los servicios públicos. Sin embargo, no aportó prueba si quiera sumaria que demuestre la veracidad de tales afirmaciones.

Al respecto, cabe destacar que, según lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional¹⁸, pese a la informalidad del amparo constitucional, para la procedencia de la acción de tutela, si quiera de forma transitoria, es imperativo que el perjuicio alegado por el peticionario sea real y cierto, y que, además, se encuentre probado, pues no es suficiente con la afirmación de la presencia o hipotético acaecimiento del mismo, sino que está en cabeza del promotor de la acción de tutela explicar en qué consiste el perjuicio y aportar *“mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar (su) existencia”*.

En ese orden, cuando se alega como perjuicio irremediable la afectación al mínimo vital, dicha afirmación debe acompañarse de alguna prueba, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, siquiera de forma sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.

No obstante, revisadas las pruebas aportadas, ninguna de ellas constata la precaria situación en que la accionante dice encontrarse, pues no se avizora alguna tendiente a acreditar la afectación actual al mínimo vital de la actora o de su núcleo familiar.

¹⁶ Página 47 ibidem

¹⁷ Página 48 ibidem

¹⁸ Sentencias T-702 de 2008 y T-381 de 2017.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha resaltado que esta garantía iusfundamental se ha entendido como: “*aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, etc.*”¹⁹, no puede desconocerse que, la señora **MARTÍNEZ FERREIRA** persigue el pago de los salarios entre el 06 de diciembre y el 06 de febrero de 2022, esto es, de hace más de 8 meses; circunstancia que descarta la *urgencia* de la protección solicitada, pues el tiempo durante el cual la accionante asumió sus obligaciones económicas sin las acreencias cuyo reconocimiento reclama, no permite colegir una situación de apremio que faculte al juez constitucional para analizar el fondo de la controversia planteada. Por el contrario, una situación apremiante habría provocado un ejercicio previo de esta acción constitucional o de acciones ordinarias dirigidas a conjurar la eventual vulneración de sus derechos.

Aunado a ello, es importante resaltar que, en su contestación, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** informó que, a la fecha, la señora **MARTÍNEZ FERREIRA** se encuentra vinculada con la entidad, en la I.E.D. Antonio Van Uden; y, en la petición elevada el día 26 de julio de 2022, la accionante manifestó encontrarse en licencia de maternidad, sin que en los hechos hubiera desconocido el reconocimiento económico de la misma.

De conformidad con lo anterior, no se evidencia que la capacidad económica de la actora se encuentre actualmente comprometida, y que la misma sea insuficiente para procurarse su subsistencia y la de su núcleo familiar.

En **tercer lugar**, la accionante afirma que debe velar por el bienestar de sus dos hijos menores de edad y que no cuenta con la ayuda de ningún familiar para tales efectos; sin embargo, tampoco aparece demostrado que ostente la calidad de madre cabeza de familia, por lo que no puede desprenderse ninguna protección especial a partir de esa calidad.

Según lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional²⁰, la condición de madre/padre cabeza de familia se acredita siempre y cuando: a) la persona tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; b) la responsabilidad exclusiva de la jefatura del hogar sea de carácter permanente; c) exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o de la madre de los menores de edad a cargo; y d) exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

Aplicando dichos parámetros al caso concreto, se tiene que (a) la señora **MARTÍNEZ FERREIRA** refiere tener bajo su responsabilidad a dos hijos menores de edad, y

¹⁹ Sentencia T-457 de 2011.

²⁰ Sentencia T-048 de 2018

ciertamente en el plenario obra prueba de que estuvo embarazada, con lo que está acreditada la existencia de un hijo menor de edad; no obstante, respecto del segundo hijo al que hace referencia, no indicó su nombre ni edad, así como tampoco aportó el registro civil de nacimiento tendiente a acreditar el parentesco y verificar si, en efecto, se encuentra imposibilitado para trabajar por edad o por estudios; (b) Sin embargo, ni la accionante lo manifiesta, ni se encuentra probado, que la responsabilidad exclusiva del hogar esté en cabeza suya exclusivamente y que ello sea de carácter permanente; (c) tampoco se hace alusión, ni se prueba la existencia de una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del padre de los menores.

Sobre este último punto la Corte Constitucional ha indicado que dicha circunstancia puede ocurrir cuando la pareja abandona el hogar, omitiendo el cumplimiento de sus deberes como progenitor o cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad, como una incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o incluso, la muerte.

Al respecto, se tiene que la accionante no hizo mención alguna al padre de sus dos hijos, ni a las circunstancias en que éste se encuentra; en todo caso, las pruebas aportadas no permiten evidenciar que haya abandonado el hogar incumpliendo sus deberes como progenitor, ni demuestran la existencia de un motivo externo a su voluntad que le impida atender tales obligaciones, de manera que no se encuentra cumplido este presupuesto.

Finalmente, debe decirse que (d) no se evidencia que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, pues dicho supuesto, aunque está señalado en el escrito de tutela, no se encuentra probado de forma alguna.

Conforme a lo anterior, en el *sub examine* no es evidente la vulneración alegada por la actora frente al derecho al mínimo vital y, además, no hay elementos que permitan establecer que, en efecto, ostente la calidad de madre cabeza de familia para que pueda predicarse alguna situación de debilidad manifiesta; de manera que, no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio cierto, actual e inminente que sitúe a la accionante en un estado de vulnerabilidad, a efectos de resultar necesaria y urgente la intervención del Juez constitucional.

En **cuarto lugar**, la accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, sin embargo, no se observa una pretensión puntual dirigida a obtener la satisfacción de esas garantías. En todo caso, no se evidencia vulneración o amenaza, teniendo en cuenta que, por un lado, no existe discusión frente a

la vinculación laboral actual de la accionante con la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**; y, por otro lado, según se desprende del contenido de la Resolución 0053 del 21 de enero de 2022, tal vinculación se realizó precisamente para garantizar a la accionante el fuero de maternidad que le asiste.

En efecto, en dicho acto administrativo se señala:

“Que, por tanto, teniendo en cuenta la protección laboral reforzada que ostenta la mencionada docente, es procedente efectuar el nombramiento provisional en la vacante de que trata la presente resolución, sin que esta genere derechos de Carrera Docente, la cual terminará al finalizar el respectivo fuero materno, sin necesidad de expedir un nuevo acto administrativo. Dicha terminación será efectiva una vez termine el periodo de lactancia”²¹. (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, no se evidencia una amenaza y menos una trasgresión actual y cierta a la estabilidad en el empleo de la accionante, ni un desconocimiento de su derecho al trabajo, siendo éste el elemento determinante para establecer la responsabilidad de la accionada en la vulneración que se le atribuye.

Lo anterior siguiendo el precedente de la Corte Constitucional, entre otras, la Sentencia T-652 de 2012, donde estableció que, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo; es decir, es necesario que la amenaza sea contundente, cierta, ostensible, inminente y clara para que la protección judicial de forma preventiva evite la realización de un daño futuro.

En síntesis, considera el Despacho que, la discusión frente al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 06 de diciembre de 2021 y el 06 de febrero de 2022, frente a la procedencia o no del reembolso del descuento realizado, de la prima de servicios del 2022-1 y de los perjuicios económicos y psicológicos causados, no puede ser ventilada por esta excepcional vía, por cuanto al analizar las condiciones particulares de la señora **MARTÍNEZ FERREIRA** no se encuentra acreditado que se halle en una situación de riesgo que afecte su capacidad de resiliencia y esperar los resultados de la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, en este caso no concurren los elementos necesarios para que proceda la acción de tutela, ni siquiera de forma transitoria, pues no se acreditó alguna situación de inminente riesgo que demande su protección por esta vía residual, máxime cuando la

²¹ Página 43 del archivo pdf 001. Acción Tutela y artículo segundo de la Resolución No. 0053 del 21 de enero de 2022

accionante persigue el reconocimiento y pago de algunos conceptos inciertos, siendo el Juez contencioso administrativo el llamado a esclarecer si hay derecho o no a los mismos.

En consecuencia, como quiera que existe otro medio ordinario de defensa judicial idóneo, y al no evidenciarse la existencia de un perjuicio irremediable, o una situación que revista tal gravedad, o que ponga al peticionario en situación de indefensión, es por lo que se torna **improcedente** acceder al amparo constitucional invocado, por no encontrarse satisfecho el requisito de *subsidiariedad*.

Finalmente, conviene poner de presente que, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ** en su contestación aceptó que no se ha realizado el pago del periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2021 y el 6 de febrero de 2022, e informó que registró la novedad en el *aplicativo Humano*, para que fuera liquidado en la nómina del mes de noviembre de 2022.

Así mismo, en memorial del 19 de octubre de 2022, al atender el requerimiento efectuado en Auto del 18 de octubre de 2022, la entidad resaltó que, *“de acuerdo a lo informado por la Oficina de Nómina, como área técnica de realizar los pagos, los conceptos a verificar, validar y reconocer son: las prestaciones que tenga pendiente como vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación pedagógica y se procederá a ingresar en la nómina de noviembre en las vinculaciones que tiene activas. Así como el descuento realizado por la nueva vinculación”*²²; y como constancia de ello, en memorial del 20 de octubre de 2022, aportó el pantallazo del *aplicativo Humano*, donde se evidencia como novedad en la columna *“Fecha ingreso nómina”* la fecha 01 de noviembre de 2022²³.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **INGRID NARCISA MARTÍNEZ FERREIRA** en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ**, por las razones expuestas en esta providencia.

²² Página 5 del archivo pdf 010. ContestaciónRequerimiento

²³ Página 4 del archivo pdf 014. RespuestaRequerimiento

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ