

Radicación No. 110014003007-2020-00486-00

Accionante: YURI CAROLINA ESTERLING REYES

Accionada: SECRETARÍA DE GOBIERNO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C

Vinculados: INSPECCIÓN DE POLICÍA 19 C DE LA ACALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR y JUAN MANUEL MOLINA SALGADO.

ACCIÓN DE TUTELA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Bogotá, D.C., nueve de noviembre de dos mil veinte.

ASUNTO

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, decide en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por la señora YURI CAROLINA ESTERLING REYES en contra de la SECRETARÍA DE GOBIERNO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., y como vinculada la INSPECCIÓN DE POLICÍA 19 C DE LA ACALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR y JUAN MANUEL MOLINA SALGADO.

1. ANTECEDENTES

Acude la accionante ante esta jurisdicción, pretextando la violación de derechos fundamentales, con base en los siguientes hechos:

Indica en síntesis que el país se declaró en emergencia sanitaria desde el 24 de marzo de esta anualidad; que ella se encontraba vinculada como *“AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 19”* por parte de su empleador la SECRETARÍA DE GOBIERNO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., desempeñando funciones en la INSPECCIÓN DE POLICÍA 19 C DE LA ACALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR; que el 13 de julio de 2020 le fue notificada la terminación del contrato de trabajo que desempeñaba en provisionalidad; que el 18 de julio de 2020 le fue notificado que se encontraba con positivo de *“NUEVO CORONAVIRUS SARS –*

COV 2”, lo cual puso en conocimiento de su empleador ese mismo día y se recluyó en cuarentena obligatoria.

Señala que tuvo el contagio del “COVID 19” días antes de su desvinculación laboral, así como que es madre cabeza de familia de dos menores de edad y que no recibe de ayudas económicas ni de sus familiares ni del padre de los niños, ya que desconoce su paradero, motivos por los que indica que tiene derecho a la estabilidad reforzada, por ser una persona en estado de debilidad manifiesta; que al ser diagnosticada positiva al nuevo “CORONAVIRUS” cambia su situación laboral, ya que debe ser tratada como trabajador discapacitado, de allí que la SECRETARIA DE GOBIERNO al tener conocimiento de su estado de salud, debió tener la autorización del Ministerio de Trabajo para poder despedirla, lo que no ocurrió, de allí que se presume que la desvinculación fue por un acto discriminatorio, lo que vulnera sus derechos fundamentales, motivos por los que acude al presente mecanismo constitucional, para que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando, así como se disponga el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, además de la correspondiente sanción por el despido.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído de fecha 25 de agosto de 2020, este despacho declaró la nulidad de la actuación surtida a partir de la sentencia de tutela proferida el 18 de agosto de este mismo mes y año, en virtud de una falencia en la notificación de las entidades accionadas SECRETARÍA DE GOBIERNO – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., así como de la vinculada INSPECCIÓN DE POLICÍA 19 C DE LA ACALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR, procediéndose de conformidad para el efecto y siendo este momento el oportuno para resolver el presente asunto.

Así igualmente, este despacho dispuso vincular al presente amparo constitucional al señor JUAN MANUEL MOLINA SALGADO, en virtud de lo dispuesto por el Juzgado 22 Civil del Circuito de esta ciudad en providencia de 26 de octubre de 2020, por la cual declaró la nulidad de la actuación surtida desde el auto del 25 de agosto de esta anualidad.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: YURI CAROLINA ESTERLING REYES.

Accionada y vinculados: SECRETARÍA DE GOBIERNO – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., e INSPECCIÓN DE POLICÍA 19 C DE LA ALCALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLIVAR y JUAN MANUEL MOLINA SALGADO.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Solicita la accionante el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, a la salud, al trabajo, a la vida, a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADA y VINCULADA: Refirió puntualmente que se opone a las pretensiones del presente amparo, por cuanto no le ha vulnerado derecho alguno a la tutelante; así mismo que, la accionante fue vinculada provisionalmente mediante Resolución No. 1079 del 13 de agosto de 2010, conociendo esta la naturaleza de su nombramiento en el entendido que se constituye como un mecanismo excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa; que de acuerdo a la jurisprudencia, la protección especial de la que gozan algunos servidores nombrados en provisionalidad, no prima sobre los derechos que le asisten a quienes han superado el concurso de méritos y figuran en las listas de elegibles, y que si bien puede existir un trato preferencial, esto es, siempre y cuando las condiciones de la planta de personal de la entidad lo permitan o que tengan un margen de acción para ello, lo que no sucede en este caso, teniendo en primer lugar, que mediante la Resolución No. 760 del 3 de julio de 2020, se nombró al señor JUAN MANUEL MOLINA SALGADO de la lista de elegibles, para desempeñar el empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 19 de la planta global de la Secretaría Distrital de Gobierno, de allí que se diera por terminado el nombramiento de aquella, quien incluso este podría vincularse al presente trámite; y que por otro lado, dicha entidad en aras de garantizar la protección de sus colaboradores, solicitó a otras dependencias como el IDPAC y al DADEP, para fines de verificar si existían

empleos vacantes que puedan ser provistos por la accionante, sin resultados positivos.

Aduce, que la tutelante no acredita la calidad de cabeza de familia señalada, puesto que reportó sociedad conyugal vigente cuyo compañero tiene afiliación al Sistema General de Salud como cotizante, de acuerdo a la información tomada de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; que así mismo, si bien reportó que tiene positivo en “COVID 19”, también lo es que no reportó complicación alguna, y que respecto a la afectación de derechos fundamentales como el mínimo vital, la entidad procederá al reconocimiento del valor \$6.682.743,00 por concepto de liquidación de prestaciones sociales una vez desvinculada; y que en virtud de lo expuesto es claro que, no le ha vulnerado derecho alguno, además que en todo caso no es este el mecanismo para dilucidar esta clase de asuntos, debiendo acudir a los medios de control judicial del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para debatir la legalidad de este tipo de actos, o que incluso mediante la acción de revocatoria directa consagrada en el artículo 93 del CPACA.

JUAN MANUEL MOLINA SALGADO: Guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

ASPECTOS FORMALES

La solicitud se acomoda a las exigencias de los artículos 13 y 14 del Decreto 2591 de 1991.

ASPECTOS MATERIALES

La acción de tutela es un instrumento constitucional concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales que en la Norma Política de la Nación se consagran cuando en el caso concreto de una persona la acción u omisión de cualquier autoridad o de particulares, los vulnera o amenaza, sin que exista otro medio de defensa judicial y aun existiendo, si la tutela es ejercida como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

La tutela tiene como dos de sus caracteres distintivos esenciales los de la subsidiariedad y la inmediatez: el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza.

EL CASO CONCRETO

En este evento en particular, tiénese que ha acudido la accionante a la jurisdicción en uso del presente mecanismo constitucional, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales, en tanto que según dice, le fue terminado su contrato laboral, sin tener en cuenta la protección especial que ostenta, puesto que dio positivo a *"COVID 19"*, de ahí que requiere en sede de esta acción se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, así mismo que se ordene a la accionada a cancelar los salarios y prestaciones dejadas de percibir, así como la correspondiente indemnización por el despido.

Ahora, frente a los hechos puestos en conocimiento, la entidad accionada replicó, señalando que el motivo de la terminación del nombramiento en provisionalidad de la tutelante, fue a causa de que el cargo que esta venía ocupando era de carrera administrativa, por lo que mediante la Resolución No. 0760 del 3 de julio de 2020 se nombró al señor JUAN MANUEL MOLINA SALGADO en el mismo, siendo quien aprobó el concurso de méritos y se encontraba dentro de la lista de elegibles para ello, de ahí que no hayan conculcado derechos fundamentales, debiendo la accionante acudir a los mecanismos creados por la ley para discutir esta clase de asuntos, no siendo la tutela el idóneo para ello, debido al carácter subsidiario que la reviste.

Puestas, así las cosas, tenemos que corresponde en esta instancia, determinar si la citada, vulnera los derechos fundamentales señalados por la accionante al dar por terminado el contrato de trabajo en

provisionalidad que ostentaba, sin tener en cuenta el estado de salud al que alude.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en la Sentencia T-373 de 2017 señaló que:

“... En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.^[30] En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.^[31]

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia.^[32] quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un

derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa^[33]

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.^[34]

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento...”

Así entonces, se tiene que el alto tribunal ha establecido los criterios de procedencia del amparo constitucional en tratándose de estabilidad laboral reforzada, para aquellos funcionarios del estado nombrados en provisionalidad y que se encuentran en estado de indefensión frente a su empleador, destacándose, conforme a lo dicho, la

necesaria existencia de un acto administrativo de esa naturaleza, del que no cabe duda en este asunto, puesto que la tutelante fue nombrada en provisionalidad mediante Resolución No. 1079 del 13 de agosto de 2010 para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 19, conforme lo acreditó la entidad accionada, así mismo que mediante Resolución No. 0760 del 3 de julio de 2020 nombraron a JUAN MANUEL MOLINA SALGADO en dicho empleo, como quiera que este se encuentra dentro de la lista de elegibles para proveer las 74 vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 19, ofertado en la OPEC N.º 75765, dentro del Proceso de Selección N.º 740 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y bajo el lineamiento jurisprudencial antes citado y recabando en el examen de la actuación, particularmente en la prueba documental allegada, tiénese que conforme obra en el resultado del Laboratorio de Salud pública de la Secretaría de Salud de Bogotá área de vigilancia de Enfermedades, efectivamente la señora YURI CAROLINA ESTERLING REYES se encuentra con positivo para “COVID 19”, “(NUEVO CORONAVIRUS SARS COV 2)”, con fecha de recepción 8 de julio de 2020, lo que conllevaba a que fuese sometida a un aislamiento obligatorio como en efecto lo afirmó en el amparo constitucional, incluso adviértase que mediante escrito presentado por la tutelante el día 28 de agosto de 2020, manifestó que aun continuaba en aislamiento obligatorio como quiera que no solo ella se encontraba aún con positivo para el virus, sino que igualmente lo está su hija; así mismo, se tiene que la entidad accionada no puede proveerle una vinculación en forma provisional a cargos vacantes de la misma equivalencia al tenor del lineamiento jurisprudencial antes mencionado respecto de aquellas personas en condiciones especiales, puesto que manifestó que pese al haber realizado gestiones entre distintas dependencias de esa entidad, no tiene disponibilidad de otros empleos.

Así las cosas, y precisamente en virtud al carácter de ese trámite adelantado, es lo cierto que frente a la decisión adoptada por la entidad accionada, la actora tiene a su disposición los mecanismos respectivos para la defensa de los derechos que considera le fueron desconocidos, para discutir las razones fácticas y jurídicas a que haya lugar, aspecto que de suyo, implica la improcedencia del amparo deprecado, al tenor de la normatividad que rige este especial y particular

medio judicial, pues no fue instituido el mismo para reemplazar las vías ordinarias.

En este sentido, la misma Corporación en cita señaló en sentencia SU-111 de 2003 que:

“... La acción de tutela procede, a título subsidiario, cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través de un medio judicial ordinario y, en este sentido, los medios judiciales ordinarios, tienen preferencia sobre la acción de tutela. Cuando ello ocurre, la tutela se reserva para un momento ulterior. En efecto, si por acción u omisión el Juez incurre en una vía de hecho, la defensa de los derechos fundamentales, no queda expósita, pues, aquí la tutela recupera su virtud tuitiva. Finalmente, la mencionada acción, procede, como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional”

Así entonces, ciertamente no es la acción de tutela la llamada para dilucidar asuntos que deben ventilarse en su esfera ordinaria, escenario en el cual, se insiste, es del caso que se invoquen los mecanismos de defensa correspondientes, y por ende se negará la tutela frente al reintegro requerido.

Ahora, no obstante lo anterior, en efecto se observa que la accionante efectivamente se encuentra con circunstancias que le afectan su estado de salud, puesto que para la fecha de retiro se encontraba realmente en estado de indefensión y que por ende la hacen sujeto de especial protección constitucional, por lo que la entidad accionada debió tener en cuenta esta connotación especial de la señora ESTERLING,

puesto que si bien no tenía forma de poderla vincular de manera provisional en otro cargo que estuviese vacante y de igual equivalencia, también lo es, que debía tener en cuenta que esta al verse sustraída de su seguridad social en salud por virtud de su despido, esta puede verse incurso en afectaciones de sus prerrogativas fundamentales como el derecho a la vida entre algunos otros, pues como se tiene sabido el “COVID 19”, puede llevar a complicaciones funestas a quien lo padece; así mismo véase que el despacho mediante auto del 26 de octubre ordenó oficiar a la EPS COMPENSAR para fines de obtener información sobre el estado de salud actual de la actora, sin embargo, dicha entidad guardó silencio frente a tal requerimiento, igualmente, dentro del plenario no obra prueba alguna que indique que haya cesado la enfermedad que en su momento reportó la accionante esto es, el “COVID-19” y por ende el despacho no puede ir en contravía del derrotero jurisprudencial frente a las personas que se encuentra en debilidad manifiesta, por lo cual es menester por el despacho tomar las medidas necesarias en aras de la defensa de las garantías constitucionales que corresponden a la señora YURI CAROLINA ESTERLING, y por ende tutelar los derechos fundamentales de la accionante disponiendo a la demandada SECRETARIA DE GOBIERNO – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., que inicie las actuaciones necesarias para que la señora ESTERLING REYES sea vinculada temporalmente al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar el tratamiento que requiere para la recuperación de la normalidad de su estado de salud, por virtud de la patología señalada en este asunto esto es, el “COVID 19”, debiéndose resaltar que la misma convendrá mantenerse en dónde venía siendo atendida y/o afiliada hasta tanto la accionante finalice el tratamiento necesario para la recuperación del virus que padece y/o cambien su *estatus* a negativo para el mismo o, que por el contrario sea afiliada al sistema por parte de otro empleador.

De otra parte, teniendo en cuenta que la tutelante en el escrito referido párrafos atrás, esto es, el que fuera aportado a la actuación el 28 de agosto de esta anualidad, señaló que interpuso ante la accionada un derecho de petición en donde requirió de información sobre los tipos de contratos de provisionalidad provistos en los meses de julio y agosto y las vacantes libres por retiro pensional, solicitando que igualmente en este escenario se requiriera a la SECRETARIA DE GOBIERNO a suministrar

dicha información, suplica que este despacho negará, teniendo en cuenta en primer lugar, que para la recepción de dicha información tiene la accionante cuenta con los mecanismos creados por la ley para tal indagación, como por ejemplo el mismo derecho de petición ya presentado, sobre el cual, si lo que pretende la señora ESTERLING REYES es que se le dé respuesta al mismo por intermedio de este amparo, sea menester señalar que dicha misiva fue radicada el 26 de agosto de esta anualidad, esto es, en curso de esta tutela, por tanto en este momento no existe una actuación u omisión de la entidad demandada a la que se le pueda endilgar una amenaza o quebranto de las garantías fundamentales de la accionante, y por ende se reitera se negará tal solicitud.

Por último, en cuanto a los vinculados a este asunto, el despacho no advierte que en modo alguno le esté conculcando derecho alguno al accionante, por ende, no se emitirá orden alguna.

3. DECISION

Por lo expuesto el Juzgado Séptimo Civil del Municipal de Oralidad de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de la señora YURI CAROLINA ESTERLING REYES, pero en virtud de lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la SECRETARIA DE GOBIERNO – ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente decisión, inicie las actuaciones necesarias para que la señora YURI CAROLINA ESTERLING REYES sea vinculada temporalmente al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar el tratamiento que requiere para la recuperación de la normalidad de su estado de salud por virtud de la patología señalada en este asunto, debiéndose resaltar que la misma convendrá mantenerse en dónde venía siendo atendida y/o afiliada con efectos hasta tanto la accionante finalice el

tratamiento necesario para la recuperación del virus que padece y/o cambien su *estatus* a negativo para el mismo, o, que por el contrario sea afiliada al sistema por parte de otro empleador.

TERCERO: NEGAR el amparo constitucional interpuesto por la señora YURI CAROLINA ESTERLING REYES respecto del reintegro laboral y la solicitud de información, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DISPONER la notificación de lo acá resuelto a las partes involucradas a través del medio más rápido y expedito, a más tardar dentro del día siguiente a la fecha de este fallo.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para que decida sobre su eventual **REVISION**, si el fallo no fuere impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LOURDES MIRIAM BELTRÁN PEÑA
JUEZ