

**Función Pública**

Sentencia 00476 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C. veinte (20) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00476-01(AC)

Actor: SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ

Demandado: ALCALDIA DISTRITAL DE SANTA MARTA Y OTROS

Se decide la impugnación presentada por el apoderado de la actora, señora SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ, contra el fallo de tutela proferido el 17 de enero del 2012 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que rechazó la acción de tutela por improcedente.

I. ANTECEDENTES

1. la solicitud

El apoderado de la accionante presentó acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, contra el Ministerio de Educación Nacional; el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A; el Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta; la Secretaría de Educación Distrital y la Organización Clínica General del Norte, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida; el derecho al debido proceso, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la madre cabeza de familia, derecho al mínimo vital de la accionada y los derechos fundamentales de los niños a la salud en conexidad con el derecho a la vida y el mínimo vital.

Lo anterior por cuanto considera que las entidades accionadas han omitido adoptar las actuaciones pertinentes y necesarias para asumir los efectos por el tránsito de legislación respecto al régimen de carrera de docentes.

1.1. Hechos

-La accionante alega haber sido docente del Distrito de Santa Marta, con grado ocho en el escalafón Nacional, nombrada mediante Resolución 549 del 12 de marzo del 2003 y posesionada mediante acta No. 229 de 14 de marzo del 2003.

-Mediante Resolución No. 247 del 2 de febrero del 2011, y después de 7 años de servicio en el Distrito de Magdalena, fue trasladada del área urbana del Distrito al área rural, donde se desempeñó en el nivel de Educación Básica Primaria de la institución educativa distrital Nueva Colombia de la vereda Perico Aguao sede San Diego (Zona rural).

-Se alega en el escrito de demanda que después de ocho años al servicio del Distrito de Santa Marta y debido a los viajes diarios de dos horas que debe realizar la accionante en un bus desde la ciudad de Santa Marta hasta la vereda Perico Aguao donde labora, ha venido presentando dolencias en la región lumbar, por las cuales tuvo la necesidad de apartar una cita con medicina general en el mes de marzo del 2011.

-De los exámenes realizados se encuentra que: "(...) la rectificación del Eje Lumbar estaba perdiendo su lordosis fisiológica (...); debido a este resultado la Dra Martha Romero me remitió al médico Especialista en Ortopedia y Traumatología donde me asignaron a el Dr. Rafael Pérez Rada."

-La accionante, durante el periodo que se desempeñó como docente, ha padecido reiterados dolores que la obligaron a incapacitarse en diferentes ocasiones, hasta ser hospitalizada por una fuerte infección urinaria.

-Señala el escrito de tutela que el respectivo especialista realizó una Infiltración Sacroiliaca que alivió por completo el dolor solo por cuatro días. Posteriormente, el día 5 de Julio, se realizó la cita con el Neurocirujano de Columna, quien explicó que la patología presentada requería de atención por ortopedista porque comprometía un hueso alojado en la base de la columna (El Sacro). El médico remitió nuevamente a la accionante donde el Ortopedista, esperando que se asignara pronto cita. La cita finalmente con salud ocupacional fue asignada para el día 6 de

Julio del 2011.

-De los conceptos médicos se encuentra que se ordenó evitar diferentes actividades que impliquen una carga de 5 kilos, tales como subir y bajar escaleras, transportarse por terrenos accidentados, vibraciones de cuerpo entero y deportes de choque. De igual forma, el concepto médico recomienda continuar con controles de ortopedia y por salud ocupacional.

-Mediante la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011, se la declara insubsistente automáticamente, justificado en la provisionalidad del nombramiento, procediendo mediante oficio del día 8 de septiembre del 2011, proferido por la Alcaldía de Santa Marta, a comunicar a la señora CURVELO RODRÍGUEZ la insubsistencia del nombramiento provisional en el que se venía desempeñando.

-El día 12 de noviembre del 2011, se le diagnosticó a la accionante, después de diversas valoraciones, una patología incapacitante funcional, acompañada de tratamiento para evitar el dolor con medicina biológica.

-Exponen los hechos que el médico internista, adscrito a la clínica General del Norte, declara que se trata de: "PACIENTE CON INCAPACIDAD FUNCIONAL, DEBE SER MANEJADA POR MEDICINA DEL TRABAJO DANDO LA RESPUESTA DEFINITIVA A SU INCAPACIDAD."

-Señala la accionante que el último salario que recibió fue en el mes de octubre del 2011, donde se reconocía el pago por una incapacidad.

-El día 15 de septiembre del 2011, estando dentro del término legal, presentó recurso de reposición contra la mencionada resolución, con el fin que esta se revocara, debido a que se encontraba en estado de incapacidad. El recurso fue rechazado por ser improcedente, de acuerdo a la Resolución 1926 del 7 de octubre de 2011.

-Señala la accionante que su salario como docente era la única fuente de ingresos para el sostenimiento del hogar. En la actualidad carece de los medios económicos para atender su sostenimiento y el de sus dos (2) hijos. Tampoco cuenta con los medios económicos para asumir el tratamiento médico que requiere para aliviar su DISCAPACIDAD FUNCIONAL y tampoco el tratamiento que requiere su hija NICOLLE ANDREA BALLESTEROS que padece un DÉFICIT DE INMUNOGLOBULINA A, no especificado, debido a que la menor fue sacada del sistema de salud por ser beneficiaria y los servicios de salud por urgencias solamente se le prestaron a la titular hasta el 8 de enero del 2012.

-Aunque se realizaron estudios radiológicos a la menor, en donde se halla que la edad cronológica es de 4 años y 4 meses, la edad ósea no coincide con la misma, pero a la fecha, no se ha obtenido un diagnóstico que permita conocer las causas de la enfermedad de la menor.

-Los controles médicos que se realizaban a su hija menor de edad fueron suspendidos en razón a la declaratoria de insubsistencia de la accionante, lo que conllevó a la suspensión de los servicios médicos y de seguridad social.

-Por estas consideraciones la accionante presenta acción de tutela, por intermedio de apoderado, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, en contra de la Nación, Ministerio de Educación, Fidupervisora S.A, Clínica General del Norte, Distrito de Santa Marta y la Secretaría de Educación Distrital de Santa Marta.

1.2. Pretensiones

El apoderado de la accionante solicita en el escrito de impugnación del fallo de tutela del 17 de enero del 2012, con radicado 2011-00476, que se conceda la tutela y se amparen los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, el debido proceso, la estabilidad laboral de la mujer cabeza de familia, el mínimo vital y los derechos fundamentales de los niños.

De igual manera, solicita que mientras se reconoce el pago de la pensión por invalidez, se incluya a la accionante en la nómina del Distrito de Santa Marta, para que se le pague el salario de acuerdo con la incapacidad funcional. Para esto, solicita que se ordene a los accionados garantizar y prestar el servicio médico integral y de seguridad social, para con la accionante y su núcleo familiar.

Solicita que la tutela se conceda de manera transitoria, para que se pueda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo e interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde se habrá de decidir sobre la legalidad de la resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento de la accionante.

2. ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el Tribunal el día 30 de noviembre del 2011, notificando a las entidades demandadas y vinculando a la señora NALLIDEZ MERCEDES RODRÍGUEZ RADA por considerarla una interviniente con interés legítimo en el proceso.

2.1 Respuesta de las autoridades accionadas e intervinientes

2.1.1 Mediante escrito allegado al Tribunal Administrativo de Sucre, con fecha del 5 de diciembre del 2011, la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta alega que la tutela es improcedente por cuanto la decisión de la declaratoria de insubsistencia fue adoptada mediante una decisión de la administración que es ajustada a derecho.

De igual forma, considera que no se presenta un perjuicio irremediable, ya que la accionante mediante la acción judicial correspondiente puede ser reintegrada a su estado anterior, lo que hace improcedente la acción de tutela, por existir otro mecanismo de defensa que es efectivo.

2.1.2. A través de escrito allegado al proceso, el Distrito de Santa Marta considera que no se presentó una vulneración al debido proceso de la accionante, ya que la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011, fue expedida con sujeción a la normatividad superior correspondiente, esto es, las

normas que regulan el ingreso a la carrera docente.

De igual forma, señala que la tutela es improcedente para evitar un perjuicio irremediable, ya que aunque la jurisprudencia protege estas situaciones, en el presente caso no se trata de tal, pues la enfermedad debe ser catalogada como de alto riesgo o catastrófica.

2.1.3 Mediante escrito allegado el día 6 de diciembre del 2011 al Tribunal, la Clínica General del Norte, se opone a las pretensiones de la acción de tutela, pues alega haber prestado la atención y el tratamiento médico a la accionante cada vez que lo ha requerido, de acuerdo a los conceptos de los médicos tratantes, y haberle proporcionado los medicamentos que le han sido prescritos.

Por estas razones, considera que la tutela no puede hacerse oponible frente a la Clínica por cuanto no existe ningún vínculo jurídico entre esta y la accionante, porque el vínculo jurídico existe entre los educadores y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esto, a consideración del apoderado de la clínica, hace que la tutela sea improcedente frente a su representada.

2.1.4 El Ministerio de Educación Nacional, mediante escrito allegado vía fax el 7 de diciembre del 2011, considera que no incurrió en una violación de los derechos alegados, lo que a su juicio torna en improcedente la acción de tutela, por cuanto el empleador directo de los servidores del magisterio, son las Secretarías de Educación territoriales, por cuanto se trata de una función que ha sido descentralizada y desconcentrada.

De igual manera, expone el Ministerio que la acción de tutela es improcedente por cuanto el perjuicio que se alega no cumple con los requisitos que exige la jurisprudencia para que pueda considerarse que existen otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos alegados.

2.1.5 La Fidupervisora, por su parte, mediante escrito allegado el día 14 de diciembre del 2011, considera que tiene relación laboral o vínculo jurídico alguno con la accionante, por que la Secretaría de Educación del Magdalena es la nominadora de los docentes del Distrito de Santa Marta. Por esta razón, mal podría endilgarse la afectación de los derechos fundamentales de la accionante.

2.1.6 Por su parte, la señora NALLIDEZ MERCEDES RODRÍGUEZ RADA, quien es citada al proceso en calidad de tercero con posible interés, declara mediante escrito allegado al Tribunal que cualquiera que sea la decisión que se adopte en el presente proceso de tutela, no le puede ser desconocido su derecho a la estabilidad laboral, como resultado de haber ganado el concurso de méritos en cuya virtud desempeña el cargo en que estaba la accionante.

II. EL FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia del 17 de enero del 2012, el Tribunal Administrativo del Magdalena, rechazó por improcedente el amparo solicitado por considerar que la accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para defender los intereses que estima afectados por las actuaciones u omisiones de las autoridades demandadas.

De igual manera, argumenta el Tribunal que no se presenta un perjuicio irremediable por cuanto no se cumplen las condiciones que según la jurisprudencia justifican una protección inmediata de los derechos acusados como vulnerados.

No corresponde a la acción de tutela, advierte el Tribunal, decidir sobre las controversias que se pueden generar alrededor de una relación laboral, porque igualmente, existen los mecanismos judiciales pertinentes para resolver este tipo de controversias, ante la jurisdicción laboral, así como tampoco es la acción de tutela el mecanismo judicial pertinente para solicitar el reconocimiento de las prestaciones sociales y las pensiones.

Sobre la condición de madre cabeza de familia en estado de desprotección, el Tribunal considera que dicha condición no fue alegada en su momento ante la autoridad administrativa con la cual existía una relación laboral, por lo cual, no se configuró un perjuicio irremediable que amerite una protección inmediata o especial, pues la acción de tutela no es el mecanismo procedente para resolver las controversias laborales.

III. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la actora expone que la acción de tutela interpuesta tenía como objeto proteger los derechos de la accionante y de su núcleo familiar, compuesto por sus hijos menores de edad, lo que hacía procedente reconocer la existencia de un perjuicio irremediable, dadas las condiciones excepcionales que se presentan para el caso, con miras a obtener una protección transitoria de los derechos alegados como vulnerados.

Alega que cuando la accionante fue retirada del cargo se encontraba en estado de debilidad manifiesta, pues presentaba afectación de su estado de salud, además que su declaratoria de insubsistencia no fue motivada. De igual manera, considera que los elementos probatorios que se anexaron al proceso son suficientes para demostrar y justificar la necesidad de reconocer la acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección temporal de los derechos alegados.

Por estas razones, a juicio del demandante, la improcedencia de la acción de tutela no se presenta en el asunto bajo discusión, por lo que debe proferirse una respuesta donde se tutelen los derechos de su representada por continuar existiendo las condiciones que configuran un perjuicio irremediable.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia de la Sala

Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 del 12 de julio del 2000, por el cual se dictan reglas para el reparto de la acción de tutela.

4.2 Exposición del caso y problema jurídico de la acción de tutela

Se destaca en el caso bajo estudio, la solicitud que hace el representante de la accionante, para que le sea reconocida la protección mediante la acción de tutela a sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, el debido proceso, la estabilidad laboral de la mujer cabeza de familia, el mínimo vital y los derechos fundamentales de los niños, ante la negativa de las autoridades demandadas para reincorporarla a su anterior vinculación laboral y, de ese modo, garantizar su atención en salud, el reconocimiento a su favor de la pensión por invalidez, así como la protección de sus derechos y los de sus hijos menores de edad que se encuentran bajo su cargo.

De la exposición de los anteriores hechos se deriva el siguiente problema jurídico, frente a la controversia que se plantea: ¿se vulneran los derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida, el debido proceso, la estabilidad laboral, el mínimo vital y los derechos fundamentales de los niños ante su condición de madre cabeza de familia en estado de debilidad manifiesta, por la omisión de las entidades demandadas de reintegrarla transitoriamente al cargo donde se venía desempeñando como maestra del distrito de Santa Marta y prestar los servicios de salud necesarios, mientras interpone la acción correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa?

Para responder el anterior problema jurídico en el asunto presente la Sección pasará a dividir en cinco partes el siguiente fallo. En la primera, se hará una descripción breve sobre las generalidades de la acción de tutela; en la segunda se realizará un análisis sobre la protección que debe brindarse a las madres cabeza de familia y su estabilidad laboral reforzada; en tercer lugar, se expondrán las características exigencias que según la jurisprudencia, han de concurrir para reconocerse un perjuicio irremediable; en cuarto lugar, se hará una referencia a la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad, a cargo de una madre cabeza de familia y, finalmente, una vez estos argumentos hayan sido expuestos, se examinará el caso en concreto.

4.3 Generalidades de la tutela

La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

4.4 La condición de madre cabeza de familia como grupo históricamente discriminado.

La Constitución recoge en el artículo 43 el marco normativo en donde se hace relación a los principios y derechos mínimos con los que cuenta la mujer. Entre estos se puede encontrar el derecho a no ser discriminada bajo ninguna circunstancia, como manifestación del principio de la dignidad humana; el derecho a recibir la protección especial cuando se encuentre en estado de embarazo y el derecho que ha venido desarrollando la jurisprudencia de la protección reforzada cuando se trata de una mujer cabeza de familia quien es la responsable de su núcleo familiar.

El marco jurídico que reconoce el artículo 43 Superior, se convierte en una norma especial donde se materializan los fines del artículo 13 Constitucional, que consagra a la igualdad como derecho y como principio. En este sentido, el Estado cuenta con la obligación de desplegar las acciones afirmativas concretas encaminadas a hacerla efectiva.

En este sentido, el ordenamiento constitucional se remite, de igual forma, a los instrumentos internacionales que protegen y garantizan la aplicación de una protección especial a la mujer cuando esta se encuentra en estado de debilidad, sea ya por su condición de embarazo o porque deba asumir las cargas económicas de sostener a un grupo familiar, como ocurre con la mujer cabeza de familia que responde por personas incapacitadas, menores de edad o personas en estado de indefensión.

Así la "*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*", incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 51 de 1981, establece en su artículo 11 lo siguiente:

"Artículo 11.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. (...)"

El mandato constitucional del artículo 43, identifica una situación que, como muchas otras, es valiosa al ordenamiento constitucional. Este artículo se fundamenta en una realidad como lo es la continua y reiterada discriminación negativa a la cual ha sido sometida la mujer, para, a partir de aquí, recoger otros elementos que hoy inspiran al Estado Social de derecho, como lo son la justicia social, el valor de la compasión y el principio de solidaridad entre seres humanos, y hacer realidad la protección que debe aplicarse a grupos minoritarios cuyos miembros deben contar con las mismas oportunidades y opciones que otros grupos poblacionales, al momento de edificar un plan de vida.

La razón de ser de la protección de la mujer que debe asumir las cargas sociales para materializar su proyecto de vida, pero, además, asumir la responsabilidad de responder por un núcleo familiar de personas que no tienen la capacidad de definir su opción de vida, por cuanto presentan algún tipo de dependencia, encuentra justificación en el hecho de la discriminación y aislamiento al que se ha llevado a la mujer de forma histórica. Esto implica, sobre todo en los Estados constitucionales modernos, la toma de acciones concretas para devolver esa dignidad y reivindicar la condición de ser humano que se encuentra en cabeza de toda mujer, frente a lo que ha sido el trato desbalanceado que se ha presentado como práctica reiterada en algunas sociedades, cuando se compara a aquellas con el hombre.

4.5 Declaración de insubsistencia de la mujer cabeza de familia en estado de debilidad manifiesta. Estabilidad laboral reforzada.

Por estas características que acompañan a la mujer cabeza de familia, se predica que para poder hacer efectiva una protección a la misma se requiere de acciones concretas encaminadas a garantizar y hacer efectivos sus derechos.

Entre estas medidas se encuentra la de la protección al derecho de subsistencia mínima, que se protege mediante el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, por cuanto el bien jurídico que la norma constitucional busca proteger son los derechos tanto de ella como de su núcleo familiar, que pueden resultar afectados.

La estabilidad reforzada ha sido reconocida por la Corte Constitucional a través de sentencia de unificación, para casos de despidos o desvinculaciones colectivas que se han producido como causa de las reformas a la estructura del Estado. En este sentido es de destacar la protección que se reconoció a las mujeres cabeza de familia en el proceso de liquidación de la empresa de telecomunicaciones, Telecom, sentencia SU-388 de 2005¹:

"En este orden de ideas, cuando se conjuga el deber del Estado de procurar la estabilidad a sus trabajadores en procesos de reestructuración administrativa con el deber de adoptar acciones afirmativas en beneficio de los grupos históricamente discriminados, no es equivocado predicar una estabilidad laboral reforzada para los sujetos de especial protección. Siendo ello así, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación histórica así lo demandan, entre los cuales sobresalen las madres cabeza de familia, velando en cuanto sea posible por su permanencia en la entidad de manera tal que la indemnización constituya la última alternativa."²

La calidad de mujer cabeza de familia exige la adopción de medidas concretas que debe adoptar el ordenamiento para hacer real la reivindicación y protección de los derechos de la mujer como sujeto que se encuentra en una situación de debilidad y desigualdad que requiere un refuerzo laboral. .

Este refuerzo laboral lo ha reconocido la Corte Constitucional en un caso de declaratoria de insubsistencia de una madre cabeza de familia, en donde, a pesar de reconocerse la existencia de otro mecanismo judicial para controvertir la decisión de la administración, se ordenó proceder a su reintegro al cargo que venía ocupando, por cuanto se comprobó del expediente de tutela que la madre estaba a cargo de su hijo menor de edad.

"Pues bien, en esta ocasión la Corte concluye que el derecho al debido proceso se vio afectado. Pero adicionalmente, las pruebas que obran en el expediente han posibilitado a la Sala comprobar que efectivamente la señora Gómez Figueredo es madre cabeza de familia y que tiene un hijo de nueve años de edad que depende exclusivamente de aquélla. (...)

En este orden de ideas, no cabe duda que la desvinculación de la accionante si bien no constituye una afectación directa a su derecho al trabajo, está afectando notablemente el mínimo vital de ella y de su hijo, pues el salario que devengaba (\$515.106), que escasamente le alcanzaba, era el único medio de subsistencia y único recurso económico con el que contaba para garantizar la educación, alimentación, vestuario, vivienda, entre otros derechos fundamentales de su menor hijo (artículo 44 de la Constitución)."³

Bajo estas premisas, se entiende que para un caso que amerita especial protección, como lo es la asistencia de una persona en estado de debilidad, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre los derechos de la mujer y del menor, pues para estos casos el salario que recibía la madre o persona responsable el grupo familiar, se convierte en la única fuente de ingreso con la que se asumen los gastos de vivienda, salud, educación, entre otros.

4.6 Características del perjuicio irremediable

El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procederá como mecanismo excepcional de protección de los derechos

fundamentales, y tan solo puede recurrirse a él de forma subsidiaria cuando no existe otro medio de defensa judicial para su protección.

En este sentido, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 señala que solo será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales, en el caso de existir un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia ha definido el perjuicio irremediable como aquel que cumple las siguientes características:

" A)... inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

"B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

"C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

"D). 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 integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)"⁴

Bajo estas consideraciones, entiende esta Sala que el perjuicio irremediable consiste en la afectación de un derecho que por las condiciones fácticas de su ocurrencia se hace inminente y, a partir de esta obvia y clara inminencia, las acciones judiciales o administrativas que pueden proteger en un estado normal de cosas ese derecho, resultan ineficaces para garantizar su protección. Por esto se trata de una situación que: i) avecina un daño grave e inmediato, ii) requiere de una respuesta urgente por parte del ordenamiento jurídico para evitar su vulneración y iii) no permite, dada esa urgencia y gravedad del daño, recurrir a acciones ordinarias que prevé el ordenamiento para hacer efectiva esa protección.

Así lo ha reconocido también la jurisprudencia del Consejo de Estado, al sentar las características del perjuicio irremediable, que hace procedente la acción de tutela como mecanismo directo de protección en un caso donde, a pesar de existir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se concedió la acción de tutela como mecanismo transitorio por existir un perjuicio irremediable ante la declaratoria de insubsistencia de la accionante, quien era madre cabeza de familia.

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha delimitado el concepto de perjuicio irremediable en el sentido de afirmar que para que se configure dicho perjuicio es necesario que se presenten varios elementos, tales como: i) la inminencia, que exige medidas inmediatas; ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y iii) la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. En efecto, la concurrencia de tales elementos impone al juez de tutela la necesidad de considerar la situación fáctica que da lugar a la procedencia del amparo de tutela, como mecanismo transitorio.

Así, el perjuicio irremediable como requisito de procedencia de la acción de tutela, aún cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa de los derechos, apunta a remediar aquellas situaciones en las que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del juez de tutela."⁵

Bajo estos planteamientos, se encuentra que existe un perjuicio irremediable que hace procedente la acción de tutela cuando, a pesar de que existe un procedimiento y una acción judicial que puede ser efectiva para solucionar el problema jurídico, esta acción, por las condiciones excepcionales del caso, se torna en inoperante e ineficiente para atender el derecho, y que en caso de no concederse la tutela dado el perjuicio irremediable que se identifica, se puede generar una vulneración de otros derechos, como es el caso de personas que tienen una relación de dependencia con el afectado, tal como es el caso de menores de edad, o personas con algún otro tipo de limitación psicológica, económica o física.

4.7 Protección del núcleo familiar y los derechos de los menores de edad como objetivo de la protección reforzada de la madre cabeza de familia.

Cada vez que se imparte la protección a la madre cabeza de familia, lo que se pretende con esto es la protección de los derechos fundamentales de las personas que dependen económica y psicológicamente de ella.

Así lo señala la Corte Constitucional al sentar lo siguiente en la sentencia de unificación del caso de las madres cabeza de familia de Telecom:

"Por otra parte, la Sala advierte que las acciones afirmativas genéricas autorizadas para las mujeres en el artículo 13 de la Constitución se

diferencian de la "especial protección" que el Estado debe brindar a las madres cabeza de familia, cuyo fundamento es el artículo 43 de la Carta, pues estas últimas plantean un vínculo de conexidad directa con la protección de los hijos menores de edad o discapacitados, donde es razonable suponer que la ayuda ofrecida redundará en beneficio de toda la familia y no de uno de sus miembros en particular. De hecho, los objetivos de fondo en ocasiones se dirigen también a fortalecer la familia como institución básica de la sociedad."⁶

Lo anterior significa que el núcleo fundamental de lo que se entiende por el derecho y protección que se busca con la institución constitucional de la madre cabeza de familia, no solo se refiere a los derechos de la mujer. Ahora, bajo las condiciones de realidad en la que por factores sociales y económicos de las sociedades las mujeres han asumido o tenido que asumir la condición de madre cabeza de familia y responder por un grupo familiar, esa protección que se extiende a la madre, se irradia a ese grupo o núcleo familiar, y, lo que es más relevante, a la protección y garantía eficaz de los derechos de todos sus miembros.

Esto guarda especial relevancia cuando se habla de los derechos fundamentales de menores de edad que prevalecen en el ordenamiento constitucional y que, por obvias razones, se encuentran bajo el cuidado y atención de la madre, quien debe desplegarse en dos roles sociales de alta relevancia como lo es, por una parte, el de madre, y por otra, el de mujer trabajadora que se convierte en la fuente de ingreso y sostenimiento de la familia.

Por esto, como la advierte la Corte Constitucional en la sentencia SU-388 del 2005, citada previamente, la protección de la madre cabeza de familia, es solo el primer paso en el camino de la protección de los derechos de todo un conglomerado de personas que representan intereses legítimos para la sociedad y para el Estado.

En este sentido, no solo se protege la condición de ser madre cabeza de familia y los derechos fundamentales de los menores, como lo son la vida, la salud y el mínimo vital, sino que además, con esto, se protege la posibilidad de ejercer los derechos de los que cada persona es titular. Sin la posibilidad de ejercicio de los derechos, a pesar de contar con la titularidad de los mismos, los derechos constitucionales se hacen inútiles y el concepto de persona irrealizable.

4.8 Análisis del caso concreto. Protección de la mujer cabeza de familia en estado de debilidad manifiesta y procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio ante la existencia de un perjuicio irremediable y la ineficacia de otras acciones.

Dados los antecedentes del caso, en el presente procede la acción de tutela, por cuanto, por una parte, se trata de proteger la condición de madre cabeza de familia, así como los derechos fundamentales de los menores de edad que se encuentran a su cargo y que han sido vulnerados por la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011 de la Alcaldía del Distrito de Santa Marta, al declarar insubsistente a la accionante.

La alcaldía, ciertamente, desconoció la protección que por su estado de salud debía recibir, por cuanto al encontrarse en estado de incapacidad al momento de ser declarada insubsistente, se afectó su derecho concreto a la estabilidad laboral y se violó la protección reforzada que se encuentra en cabeza de todo servidor público de libre nombramiento y remoción a no ser desvinculado del cargo hasta tanto no se supere dicha situación de vulnerabilidad.

Consecuentemente, al desconocer su estado de incapacidad que ha quedado probado en el proceso, se desconoció su situación de madre cabeza de familia, que se infiere ha sido conocida por la entidad pública de acuerdo con la obligación laboral con la que cuenta todo servidor público de declarar en su hoja de vida que personas se encuentran a su cargo. Igualmente, se desconoció su condición de debilidad manifiesta que venía afectando a la accionante desde la época del traslado laboral, y que se puede comprobar eran de conocimiento de la administración pues en el pago del último salario, posterior a la declaratoria de insubsistencia, se incluye el pago por la respectiva incapacidad médica.

Para que se configure un perjuicio irremediable por la imposibilidad de acceder o atender las necesidades en salud, no tiene que predicarse únicamente la causal de enfermedad grave o incurable; se trata también de situaciones que colocan a la persona en un estado de existencia indigna o dolorosa, que impide el pleno goce de sus derechos.

Mediante los efectos de la declaratoria de insubsistencia se desconoció la estabilidad laboral reforzada con la que cuenta una persona que detenta dos calidades que constitucionalmente ameritan una especial consideración y valoración al momento de tomar una medida, como lo es el hecho de ser madre cabeza de familia y encontrarse en un estado de debilidad manifiesta por la afectación de su salud. De igual forma, se están vulnerando, los derechos fundamentales a la vida digna, salud y mínimo vital de sus hijos menores de edad. En especial, por cuanto no se valoró que su hija menor de edad padece de una enfermedad que requiere atención médica.

Aunque es claro que el ordenamiento jurídico prevé la existencia de un mecanismo judicial encaminado a resolver las controversias que envuelven los hechos estudiados, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que procedía contra la Resolución 1525 del 2011, se debe determinar que dadas las condiciones que se presentan, esa acción se tornaba en ineficaz e inoperante para brindar una protección eficiente en el presente caso dados los términos procesales que se deben agotar para que aquella produzca plenos efectos.

Es más, ha señalado esta Corporación, aplicando jurisprudencia de la Corte Constitucional, que aun en el caso de encontrarse ante la caducidad del término para acudir a las acciones legales pertinentes, es procedente la acción de tutela cuando se presenta de por medio un perjuicio irremediable, pues más que el formalismo de la acción y los términos procesales, lo que el juez de la causa de tutela, en ejercicio de control constitucional, debe valorar en el caso, es el grado de afectación de los derechos fundamentales, lo cual puede que no sea corregido por el mecanismo judicial que prevé el ordenamiento, haciendo procedente la protección excepcional de la acción de tutela con el fin de dar eficacia y prevalencia en el caso a principios constitucionales superiores.

"Por su parte, la Corte Constitucional ha aceptado que la acción de tutela procede aún frente a la caducidad de las acciones ordinarias. (...).

Lo anterior conduce a considerar que si la tutela se interpone aún cuando no se encuentra vigente el término para el ejercicio de ese otro medio de defensa judicial, el Juez Constitucional debe ponderar los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que se hallen en juego, con miras a determinar si hay lugar o no al amparo solicitado."⁷

Siendo evidente que la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011, desconoció la estabilidad laboral reforzada de la señora actora, el Tribunal Administrativo del Magdalena debió haber suspendido, en los términos del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, como medida provisional de protección, en el momento de admitir la acción de tutela, mientras la accionante se dirigía ante el juez de lo contencioso para interponer la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Resolución 1525 del 1 de julio del 2011, proferida por la Alcaldía de Santa Marta fue comunicada a la señora SANDRA CURVELO RODRÍGUEZ mediante oficio del día 8 de septiembre del 2011. La accionante presentó acción de tutela recibida el día 29 de noviembre del 2011 y admitida por el Tribunal el día 30 de noviembre siguiente. Aunque para la fecha de la presente sentencia de tutela ha caducado el término para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es claro que la accionante acudió de forma pronta y diligente a la acción de tutela para buscar una protección inmediata de sus derechos, dadas las condiciones de extrema urgencia. Esto coincide con los términos que prevé la ley para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tan solo que, como se expone en los hechos de la acción de tutela, se prefirió este último recurso con el fin de evitar el perjuicio irremediable de la madre y de los menores de edad.

Resulta pertinente reiterar lo que el propio Consejo de Estado ha ratificado en sentencia citada arriba, al momento de aplicar la protección a la madre cabeza de familia, declarada insubsistente, condicionando el ejercicio de sus derechos a tener que acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

"Bajo estas consideraciones, lo que se reprocha en esta oportunidad es que la entidad demandada haya decidido terminar de forma inmediata el nombramiento en provisionalidad de la accionante, sin brindarle la protección especial consagrada en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política y, a su vez, poniendo en riesgo sus derechos a la salud y al mínimo vital, que, por obvias razones, se ven amenazados al privar a la señora Sandra Victoria Pinzón de su única fuente de ingresos.

En este sentido, resulta desproporcionado exigirle a la tutelante que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en defensa de los derechos antes señalados y espere dentro del proceso ordinario que se profiera la decisión correspondiente, cuando es evidente que la entidad accionada no tuvo en cuenta su condición de sujeto especial de protección y que la actora requiere de forma inmediata medidas de protección para procurar su mínimo vital y que el servicio médico que recibe no se interrumpa, con el grave riesgo que ello acarrea en el deterioro de su estado de salud."⁸

Así bien, los términos y las cargas procesales, aunque son las herramientas que buscan garantizar el principio de legalidad y el de seguridad jurídica mediante el respeto de las instancias de un proceso, no pueden convertirse en la causal de impedimento para el acceso a la justicia, cuando se presente una situación excepcional que constitucionalmente lo justifique, sobre todo, en una persona protegida. De ser así, se estaría perpetuando un estado de cosas inconstitucional respecto a la vulneración de los derechos, dejando sin posibilidad de controvertir dicha situación por cuanto se han agotado los términos para acudir a la protección judicial, lo que en un Estado Social es insostenible. En este sentido, haciendo un ejercicio de ponderación entre principios, se entiende que la seguridad jurídica y conservación de las formas procesales, ceden, en el presente caso, ante la prevalencia del acceso a la administración de justicia y la protección de derechos fundamentales.

Por lo tanto, por el desconocimiento que el Tribunal hizo de los hechos que ameritaban una protección inmediata mediante la tutela, no se puede imponer la carga de asumir esa responsabilidad a quien utilizó el mecanismo judicial que consideró conveniente para proteger sus derechos fundamentales, tal como lo era la acción de tutela. Ese desconocimiento y la falta de protección inmediata que ameritaba la accionante no pueden servir de excusa para que hoy se encuentre desprotegida por el ordenamiento, sin que se permita acudir a ninguna acción judicial que proteja sus derechos y los de sus hijos.

De esta manera, aún no se ha materializado la protección a los derechos a la salud, en conexidad con la vida y el mínimo vital, por cuanto la causa generadora de la afectación que es la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011, proferida por la Alcaldía Distrital de Santa Marta, continua produciendo efectos.

Por esta razón, tal como se señalará en la parte resolutive del presente fallo, se ordenará la suspensión de la resolución, como medida provisional, mientras que la accionante acude ante el juez de lo contencioso administrativo para controvertir la resolución por medio de la cual se le declara insubsistente. Así, mientras se define su situación jurídica frente a la estabilidad laboral por parte del juez contencioso, la accionante estará protegida por los efectos temporales de la acción de tutela, en calidad de madre cabeza de familia.

Teniendo en cuenta que la Resolución 1525 del 1 de julio del 2011 fue expedida por la Alcaldía de Santa Marta, la presente acción de tutela es improcedente frente a las otras entidades y sujetos accionados, tal como se declarará en la parte resolutive.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE el fallo impugnado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. En su lugar CONCÉDESE a la señora SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ la protección por la violación de sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida, debido proceso, mínimo vital y los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital de sus hijos menores de edad, como mecanismo transitorio hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva la acción que la mencionada señora deberá interponer en un término no mayor de 4 meses, contados a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia.

TERCERO. SUSPÉNDENSE los efectos de la Resolución No. 1525 del 1 de julio del 2011 "*Por medio de la cual se hace un Nombramiento en Periodo de Prueba y se declara insubsistente un nombramiento provisional*", proferida por la Alcaldía de Santa Marta, en lo que respecta a la declaratoria de insubsistencia de la actora, hasta tanto se defina el proceso de acción de nulidad y restablecimiento que se debe surtir sobre la misma.

CUARTO. ORDÉNASE a la Alcaldía Distrital de Santa Marta que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe el reintegro y, de ser necesario, la reubicación laboral de la señora SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ, a un cargo igual o superior al que venía desempeñando en la fecha en que se produjo el retiro del servicio, acorde con su estado de salud, sin afectar los derechos de otras personas con interés legítimo en el proceso.

QUINTO. ORDÉNASE a la Alcaldía Distrital de Santa Marta, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, afiliar a la señora SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ, al Sistema de Seguridad Social en Salud, de manera que se le garantice la atención médica necesaria para el restablecimiento de su salud, tanto a ella como a su grupo familiar.

SEXTO. ORDÉNASE a la Alcaldía Distrital de Santa Marta, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, pagar a la señora SANDRA MILENA CURVELO RODRÍGUEZ, los salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales y demás beneficios dejados de percibir por la accionante desde la fecha de la desvinculación hasta cuando se produzca efectivamente el reintegro.

SÉPTIMO. DECLÁRESE probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto del Ministerio de Educación Nacional; la Unión Temporal del Norte- Organización Clínica del Norte; Secretaria de Educación Distrital y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FIDUPREVISORA.

OCTAVO. ORDÉNESE remitir copia de la presente decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y a la señora NALLIDEZ MERCEDES RODRÍGUEZ RADA, como interesada en el proceso.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veinte (20) de junio del 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

1 Los hechos del caso son los siguientes. En el año 2004, como resultado del proceso de reforma de la estructura administrativa del Estado, adelantada con base en la Ley 790 del 2002, se llevó a cabo el proceso de liquidación de la empresa TELECOM, cuyo resultado fue la desvinculación de un gran número de mujeres cabeza de familia, que tenían a su cargo menores de edad, personas de la tercera de edad o personas discapacitadas. Por esta razón, la Corte Constitucional entró a tutelar los derechos fundamentales de estas mujeres y de los grupos familiares que se encontraban a su cargo, ordenando el reintegro de la mayoría de las accionantes, en los casos en los que no se aceptara la respectiva liquidación.

2 C. Constitucional. Sentencia SU-388/2005 M.P: C.I. Vargas Hernández.

3 En el presente caso, la Corte Constitucional ordenó el reintegro de una madre cabeza de familia que fue declarada insubsistente y a quien no se le respetó el debido proceso al momento de la desvinculación por cuanto no se tuvo en cuenta estabilidad laboral reforzada ante su condición de fuente única de sostenimiento de su hijo menor de edad. Sentencia T-752/2003 M.P: Clara Ines Vargas.

4 El extracto citado hace parte de la sentencia T-225 del 15 de junio de 1993 M.P: Vladimiro Naranjo, reiterado por la sentencia T-352 del 5 de mayo del 2011 M.P: Luis E. Vargas Silva.

5 Los hechos del caso son los siguientes: La accionante, quien es madre cabeza de familia y padece una enfermedad que la coloca en estado de debilidad, es declarada insubsistente en un proceso de reorganización y restructuración que se adelantó en la Fiscalía General, por lo cual acude a la acción de tutela buscando la protección transitoria de sus derechos a la vida, salud y mínimo vital, por cuanto no se tuvieron en cuenta sus condiciones personales y familiares al momento de la declaratoria de insubsistencia. Por lo tanto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

ordenó la suspensión de la resolución por medio de la cual se declaraba la insubsistencia, hasta tanto se decida el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y se ordene el reintegro a la entidad. CE Sección Quinta, 28 de octubre del 2010 C.P: Susana. Buitrago Valencia. Radicado: 25000-23-15-000-2010-02789-01(AC).

6 SU-388/2005. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

7 CE. Sección Primera, 23 de junio del 2011. C.P: María Elizabeth García. Radicado: 2009-00089-01. Recurso de apelación: Auto del 20 de agosto de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera- Subsección "A".

8 CE Sección Quinta, 28 de octubre del 2010 C.P: Susana Buitrago Valencia

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:19:58