

T-113-15

Sentencia T-113/15

(Bogotá, D.C., Marzo 26)

PERMISO REMUNERADO-Caso de madre cabeza de familia que solicita permisos laborales remunerados para acompañar a su hijo de 4 años, a diligencias médicas con el fin de atender la enfermedad que padece

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Madre en representación de hijo menor

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

El fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado se origina cuando la afectación al derecho fundamental invocado desaparece. Esto, en el entendido que si la perturbación que dio lugar a la acción desaparece, carecería de sentido continuar con la misma, pues el objeto de protección inmediata de derechos fundamentales dejaría de existir.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-El menor fue dado de alta

LICENCIAS Y PERMISOS LABORALES A LA LUZ DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y LA LEY 270 DE 1996

La regulación laboral prevé circunstancias en las que el empleador tiene la obligación de conceder a favor de sus empleados las licencias y permisos necesarios para atenderlas; a saber: (i) desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador, (ii) comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, (iii) entierro de los compañeros y, (iv) grave calamidad doméstica

debidamente comprobada. El artículo 142 de la Ley 270 de 1996 dispuso el derecho de los funcionarios y empleados a licencia no remunerada hasta por 3 meses por cada año calendario de manera continua o discontinua, de acuerdo a lo solicitado por el interesado, la misma, tendrá carácter irrevocable e improrrogable aunque renunciable por el beneficiario. Del mismo modo, en estos casos será el superior del empleado el encargado de concederla según las necesidades del servicio. A través de la figura de los permisos remunerados y las licencias no remuneradas, los empleados y funcionarios de la rama judicial cuentan con la posibilidad de apersonarse de sus asuntos, ausentándose de sus cargos sin el riesgo de ser removidos.

DERECHO AL PERMISO REMUNERADO-Orden a Juzgado conceder a favor de funcionaria los permisos remunerados necesarios con el fin de atender el proceso de recuperación y rehabilitación de su hijo menor de edad

Referencia: Expediente T-4.591.696

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga – Sala de decisión Penal – del 17 de septiembre de 2015, que confirmó la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga del 8 de agosto del 2014 que negó por improcedente el amparo tutelar.

Accionantes: Josefina Vera Hernández actuando en nombre propio y en representación legal de su hijo José Julián Rojas Vera.

Accionado: Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela[1].

1.1. Elementos y pretensión.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: salud, mínimo vital, trabajo, igualdad y vida digna.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la negativa del juez accionado de conceder a favor de la accionante los permisos laborales remunerados a los que haya lugar para atender la hospitalización de su hijo menor de edad, argumentando que los empleados de la rama judicial únicamente tienen derecho a 3 días remunerados al mes y que una vez vencidos pueden recurrir a la licencia no remunerada.

1.1.3. Pretensiones: ordenar al juzgado accionado conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández permiso remunerado por el término de duración de la hospitalización de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera y a futuro conceder los permisos laborales de carácter remunerado a los que haya lugar para el acompañamiento a citas médicas, exámenes, terapias, seguimiento y controles requeridos por el menor hasta su recuperación.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. La señora Josefina Vera Hernández, quien ejerce el cargo de escribiente en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga, actúa en nombre propio y en representación de su hijo José Julián Rojas Vera de 4 años de edad[2].

1.2.2. El 9 de julio de 2014 el menor José Julián Rojas Vera fue diagnosticado por el especialista en neurología pediátrica con infarto cerebral debido a trombosis de arterias CE-I633, miastenia gravis- G700[3], por lo que fue hospitalizado inmediatamente.

1.2.3. Debido a las complicaciones en el estado de salud de su hijo, el 14 de julio de 2014, a través de comunicación escrita, la señora Josefina Vera Hernández solicitó al señor Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga, permiso para ausentarse de sus labores por grave calamidad doméstica por el término que él mismo considerara pertinente, teniendo en cuenta que el Código Sustantivo del Trabajo no establece duración alguna para el permiso

por grave calamidad doméstica[4].

1.2.4. De esta forma, mediante Resolución 0042 del 14 de julio de 2014, el señor Juez Tercero Penal del Circuito con función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga concedió el permiso solicitado por la accionante por el término de 3 días correspondientes al 14, 15 y 16 de julio de 2014[5].

1.2.5. El 16 de julio de 2014, José Julián Rojas Vera fue sometido a un TAC de tórax, cuyo resultado arrojó “1. Probable timoma y/o menso probablemente tumor de origen linfoproliferativo 2. Cardiomegalia 3. Hepatoesplenomegalia[6].”

1.2.6. El 18 de julio de 2014, el Doctor Carlos José Ortiz certificó la necesidad de que la señora Josefina Vera Hernández en su calidad de madre prestara acompañamiento permanente al menor José Julián Rojas Vera por tratarse de un paciente de alto riesgo[7]. Por esta razón, la señora Josefina Vera Hernández solicitó de manera escrita licencia no remunerada por el término de 1 día correspondiente al 18 de julio de 2014[8].

1.2.7. Teniendo en cuenta que a la fecha el menor continuaba hospitalizado, el 21 de julio de 2014 la señora Josefina Vera Hernández nuevamente solicitó licencia no remunerada por grave calamidad doméstica por 2 días correspondientes al 21 y 22 de julio de 2014[9].

1.2.8. Finalmente, el 25 de julio de 2014, mediante comunicación telefónica, la señora Josefina Vera Hernández manifestó al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga encargado de tramitar la presente acción de tutela en primera instancia, que el menor José Julián Rojas Vera fue dado de alta ese mismo día, con el fin de continuar su tratamiento médico en casa[10].

2. Respuestas de las entidades accionadas.

2.1. Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga-Santander[11].

Solicitó la desvinculación de la presente acción por falta de vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues los hechos se enmarcaron en esferas de nominador-empleada. No obstante, aseguró que de acuerdo a la normatividad vigente, la actora tiene derecho a que se le conceda por parte del superior, un máximo de tres días por

cada mes calendario transcurrido, justificados según el caso, y teniendo en cuenta que al momento de resolverse la acción de tutela ya habría iniciado un nuevo periodo mensual calendario, no habría reparo en conceder el permiso requerido.

2.2. Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga[12].

El señor Germán Plata León como Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga por considerar que la acción de tutela se encuentra dirigida a él como persona natural, solicitó no acceder a las pretensiones de la accionante y en su lugar declarar improcedente la presente acción.

Frente a los hechos, manifestó que el permiso otorgado a favor de la actora mediante la resolución atacada se encuentra conforme a la solicitud de la misma, donde evidentemente no se tuvieron en cuenta situaciones que surgieron en días posteriores al vencimiento de los días del permiso. Calificó como incomprensible y temeraria la solicitud del amparo del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas pues en ningún momento la señora Vera Hernández ha sido objeto de maltratos ni de cargas excesivas respecto a los otros empleados, pues en reiteradas ocasiones le ha sido otorgado permiso para atender las necesidades de su hijo.

En cuanto al derecho a la igualdad, aseguró no tener conocimiento de pronunciamientos anteriores donde se haya determinado conceder una licencia por calamidad doméstica sin término fijo, pues en este caso fue solicitada por un término indefinido e incierto. A su vez, afirmó que de acuerdo a lo manifestado por la actora, la misma recibe por parte del padre del niño una cuota de alimentos, razón por la cual resulta inentendible los planteamientos respecto a la presunta vulneración del derecho al mínimo vital del menor.

Por otro lado, consideró ilógico hablar de procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de salarios y demás acreencias laborales pues no es a él a quien corresponde su pago y no tiene conocimiento de que en algún momento se le haya demorado el pago o lo hubiese recibido de manera incompleta a raíz de una decisión judicial arbitraria.

Manifestó que respecto al vacío normativo sobre el tiempo de duración de los permisos por calamidad doméstica, la Corte Constitucional ha considerado que “(v) el asunto queda deferido a lo que dispongan, entre otros, el acuerdo entre empleador y el trabajador, o en defecto de lo anterior a las determinaciones unilaterales del primero”, por lo tanto fue aplicado el término de 3 días de permiso por causa justificada evitando ocasionar un perjuicio al tesoro público.

Finalmente, se opuso a las pretensiones de la tutela, teniendo en cuenta que el menor ya no se encuentra hospitalizado y la servidora podría solicitar nuevas vacaciones remuneradas.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, del 8 de agosto de 2014[13].

Declaró improcedente la presente acción de tutela por carencia actual de objeto, pues ya fue superada la hospitalización del menor.

Consideró que no es viable acceder a las pretensiones de la accionante pues sin el ánimo de desconocer la situación del menor, se trata de pretensiones a futuro e inciertas, dado que la servidora no tiene conocimiento de las fechas concretas y exactas en que al menor se le asignaran las citas médicas, exámenes, terapias y tratamientos. Así mismo, aseguró que la actora cuenta con los 3 días de permiso concedidos a los servidores judiciales por calamidad doméstica, lo que en el momento resulta imposible determinar que se trate de un lapso insuficiente.

Finalmente, manifestó que corresponde al padre del menor asumir labores de tramitología con el fin de liberar la carga de la madre.

3.2. Impugnación[14].

Mediante escrito del 26 de agosto de 2014, la señora Josefina Vera Hernández solicitó revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, conceder el amparo deprecado además de ordenar al juzgado accionado otorgar los permisos laborales remunerados requeridos por la actora con el fin de atender el tratamiento de su hijo menor de edad.

Manifestó que la decisión adoptada en primera instancia trasgrede el artículo 44 de la Constitución Política, el interés superior del menor, la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, así como los tratados internacionales y el Código de Infancia y Adolescencia, debido a la situación de gravedad en la que se encuentra el menor José Julián Rojas Vera.

Aseguró que en el presente caso se vulneran los derechos a la salud y a la vida digna de su hijo, quien de acuerdo a prescripción médica requiere acompañamiento permanente de la accionante.

Así mismo, afirmó que mediante la acción de tutela interpuesta busca evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es decir el deterioro cada vez más severo de las funciones físicas y psíquicas del menor, teniendo en cuenta la alta probabilidad de fallecimiento del niño como consecuencia del no acompañamiento de su madre.

Adujo que si bien el menor tiene padre, no recibe dinero por concepto de alimentos, por lo que la accionante es madre cabeza de familia. Finalmente, aseguró que aun cuando residen junto a los abuelos del menor, se trata de personas de la tercera edad que padecen quebrantos de salud a quienes les resulta imposible hacerse cargo del niño.

3.3. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del 17 de septiembre de 2014[15].

Confirmó la decisión teniendo en cuenta las mismas consideraciones. Adicionalmente, aseguró que la accionante pasó por alto que es su superior inmediato quien resulta competente para reconocer los permisos y licencias a las que haya lugar.

4. Actuación de la Corte en sede de Revisión.

Mediante auto del 10 de marzo de 2015 esta Sala requirió a la señora Josefina Vera Hernández con el fin de que informara sobre el estado de salud actual del menor José Julián Rojas Vera, si el médico tratante ha expedido nuevas órdenes donde requiera el acompañamiento permanente de la señora y si ha solicitado nuevos permisos laborales de carácter remunerado ante su empleador.

El 19 de marzo de 2015 allegó respuesta donde manifestó que si bien la evolución del

menor ha sido favorable aun requiere continuar con controles y tratamiento pediátrico. Así mismo, afirmó que teniendo en cuenta las consideraciones de los fallos de primera y segunda instancia concluyó que de nada servía que se expedieran órdenes donde recomendaran su acompañamiento permanente pues únicamente tendría 3 días de permiso remunerado y que una vez vencidos debía recurrir a la licencia no remunerada. Finalmente, aseguró que sí ha solicitado permiso remunerado por 3 días al mes en diferentes oportunidades los cuales han sido concedidos por su empleador.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[16].

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital, al trabajo, la igualdad y la vida digna (Arts. 49, 11 y 25 C.P).

2.2. Legitimación activa. La señora Josefina Vera Hernández como titular de los derechos fundamentales que se alegan y en representación legal de su hijo José Julián Rojas Vera de 4 años de edad, se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela.

2.3. Legitimación pasiva. De acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga como autoridad pública resulta demandable en sede de tutela.

2.4. Inmediatez. Si bien, el artículo 86 Superior, no establece un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en virtud de las particularidades de cada caso en concreto debe existir un período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción[17]. Lo anterior, debido a la finalidad de protección inmediata de derechos fundamentales.

El 14 de julio de 2014, la señora Josefina Vera Hernández solicitó permiso por grave calamidad doméstica por los días 14,15 y 16 de julio de 2014 para atender a su hijo menor de edad que se encontraba hospitalizado, así, ese mismo día el señor Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga expidió la Resolución 0042 mediante la cual concedió el permiso remunerado solicitado. Debido a que la hospitalización se prolongó, el 18 de julio de 2014, la actora solicitó licencia no remunerada por el término de 1 día correspondiente al mismo 18 de julio de 2014. De igual forma, el 21 de julio de 2014 la señora Vera Hernández nuevamente solicitó licencia no remunerada por los días 21 y 22 de julio del mismo año.

Posteriormente, el 24 de julio de 2014 la accionante interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga donde se desempeña como escribiente, por considerar vulnerados sus derechos y los de su hijo menor de edad a la salud, mínimo vital, trabajo, igualdad y vida digna tras la negativa del juez de reconocer los permisos y licencias solicitadas de forma remunerada.

Así las cosas, transcurrió un lapso de 4 días desde la fecha de la conducta que produjo la presunta vulneración hasta el momento de interposición de la acción, lo que constituye un término razonable para su ejercicio.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa.

No obstante, esta Corporación ha reconocido tres situaciones en las que la acción de tutela resultará procedente, aun cuando exista otro mecanismo de protección:

“(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales, y (iii) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y

por lo tanto la situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”[18].

En el presente caso, se expusieron dos pretensiones: (i) ordenar al juzgado accionado conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández permiso remunerado por el término que dure la hospitalización de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera y; (ii) a futuro conceder los permisos laborales a los que haya lugar para el acompañamiento a citas médicas, exámenes, terapias, seguimiento y control requeridas por el menor hasta su recuperación.

2.5.1. Respecto a la primera pretensión, la accionante afirma ser madre cabeza de familia, razón por la cual la acción de tutela resultaría procedente aun cuando exista otro mecanismo de protección de sus derechos. De igual forma, solicita el amparo de los derechos fundamentales de su hijo menor de edad que padece diferentes quebrantos de salud, quien a la luz de la jurisprudencia es un sujeto de especial protección constitucional. Así, se entiende que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de sus garantías fundamentales.

2.5.2. La acción de tutela como mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales, implica necesariamente estar precedida por “hechos ciertos y reconocidos de cuya ocurrencia se puede inferir la violación o vulneración de derechos fundamentales”[19].

Así, la jurisprudencia constitucional ha considerado que “la informalidad de la tutela no justifica el que los ciudadanos recurran a ella con el único propósito de conjurar una situación que consideran, a través de conjeturas, podría ocasionar un perjuicio. Dicha acción no protege derechos fundamentales sobre la suposición de que llegarían a vulnerarse por hechos o actos futuros. Por ello el ciudadano, actuando directamente o a través de apoderado, cuando vaya a instaurar una acción de amparo debe cotejar, sopesar y analizar si en realidad existe la vulneración o amenaza de tales derechos, pues la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta”[20].

Vale mencionar que la acción de tutela no será procedente ante cualquier tipo de amenaza

del derecho fundamental, toda vez que “tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado. De ésta manera, 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 solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro”[21].

Teniendo en cuenta que la accionante solicita el reconocimiento de los permisos laborales remunerados a los que haya lugar para el acompañamiento a citas médicas, exámenes, terapias, seguimiento y control requeridas por el menor hasta su recuperación, en este evento la acción de tutela resulta procedente, pues aun cuando no existe fecha exacta en que tendrán lugar dichas medidas de rehabilitación, lo cierto es que de acuerdo a las recomendaciones emitidas por el médico tratante es necesaria la presencia y acompañamiento permanente de la señora Josefina Vera Hernández, razón por la cual es evidente que los derechos fundamentales del niño se ven amenazados de forma contundente, cierta, ostensible, inminente y clara al no conceder los permisos laborales remunerados a favor de su madre con el fin de atender su enfermedad.

En palabras de la Corte Constitucional, “la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados”[22].

3. Problema Jurídico.

De conformidad con los antecedentes planteados, corresponde a la Sala determinar si: ¿vulnera el Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga los derechos a la salud, mínimo vital, trabajo, igualdad y vida digna de la señora Josefina Vera Hernández y su hijo menor de

edad José Julián Rojas Vera, al negarse a conceder los permisos y licencias de manera remunerada con el fin de atender la hospitalización del niño, argumentando que los empleados de la Rama Judicial únicamente tienen derecho a 3 días de permiso remunerado al mes y para las demás eventualidades deberán acudir a la licencia no remunerada?

4. Hecho superado.

La figura del hecho superado se encuentra reglamentada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 que establece que “si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado se origina cuando la afectación al derecho fundamental invocado desaparece. Esto, en el entendido que si la perturbación que dio lugar a la acción desaparece, carecería de sentido continuar con la misma, pues el objeto de protección inmediata de derechos fundamentales dejaría de existir[23].

Sin embargo, el hecho de encontrarse frente a un hecho superado no implica que la Corte Constitucional pierda su competencia para pronunciarse de fondo frente al caso concreto, pues como cabeza de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita[24]”.

5. Licencias y permisos laborales a la luz del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 270 de 1996.

En Colombia, la protección a los trabajadores se fundamenta en la noción de Estado Social de Derecho a partir de los principios de dignidad humana, solidaridad y trabajo, descritos en la Carta Política. Así, el artículo 25 del texto constitucional consagra el trabajo como “un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Del mismo modo, el artículo 53 Superior definió como principios mínimos fundamentales de los trabajadores la igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad

a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad, entre otros.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 5 definió el trabajo como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”. De esta forma, la relación laboral implica la existencia de un sujeto dominante que ejerza subordinación sobre el trabajador.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional determinó que la subordinación es “un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos”[25]. No obstante, este mismo Tribunal en diferentes oportunidades ha sostenido que aun cuando la ley otorga al empleador la facultad de ejercer poder de subordinación sobre sus empleados, esta potestad no es absoluta fijando como límites la dignidad humana, el núcleo esencial de los derechos de los trabajadores, el pacto en el contrato individual de trabajo y demás estipulaciones convencionales, además de “las normas y principios generales que rigen las relaciones laborales”[26].

De allí que la regulación laboral previó circunstancias en las que el empleador tiene la obligación de conceder a favor de sus empleados las licencias y permisos necesarios para atenderlas; a saber: (i) desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador, (ii) comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, (iii) entierro de los compañeros y, (iv) grave calamidad doméstica debidamente comprobada[27].

Respecto a esta última, la Corte Constitucional ha considerado que se trata de “aquellas situaciones de carácter negativo sobre las condiciones materiales o morales de vida del trabajador”, como por ejemplo una grave situación de salud de un familiar cercano. Ante un evento de esta índole esta Corporación determinó que con el fin de definir el lapso durante

el cual la licencia será remunerada deberá obedecer al principio de razonabilidad, de manera que resulta imposible “establecer de manera previa, general y abstracta cuál es el espacio de tiempo durante el cual debe concederse al trabajador la licencia remunerada para atender la calamidad doméstica que lo aqueja en cada caso concreto”[28]. Así, el principio de razonabilidad implica “sopesar las circunstancias y particularidades de la situación concreta”, es decir que ante una grave calamidad doméstica es necesario determinar el nivel de gravedad y ponderarlo con la afectación al trabajo que sufre el empleador ante la ausencia de su empleado, para de esta forma establecer el lapso de tiempo por el cual la licencia será remunerada.

En el caso de los servidores públicos quienes no se rigen por las normas laborales del Código Sustantivo del Trabajo[29], y en especial de los empleados de la Rama Judicial cuya normatividad es la Ley 270 de 1996, se encuentran previstas las figuras de los permisos y licencias no remuneradas para atender las posibles eventualidades que se presenten en la vida del empleado en vigencia de la relación laboral.

En un primer escenario, el artículo 144 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia estableció los permisos remunerados como un derecho de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial cuando medie una causa justificada. La disposición dispone que dichos permisos “serán concedidos por el Presidente de la Corporación a que pertenezca el Magistrado o de la cual dependa el Juez, o por el superior del empleado”.

Respecto del tiempo de duración, el Decreto 250 de 1970 “por el cual se expide el Estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público” en su artículo 26 consagró que “los funcionarios y empleados tienen derecho a permisos remunerados en un mes, por causa justificada así: Los Magistrados en general y los Fiscales del Consejo de Estado y de los distintos Tribunales hasta por Cinco días; los Jueces, los Fiscales de Juzgado y los empleados, hasta por tres días”. Así mismo, el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil” estableció que “el empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Corresponde al jefe del organismo respectivo, o a quien haya delegado la facultad, el autorizar o negar los permisos”.

En segundo lugar, con el propósito de atender las diferentes circunstancias que se presenten en la vida del empleado que le impidan continuar normalmente sus actividades laborales, el artículo 142 de la Ley 270 de 1996 dispuso el derecho de los funcionarios y empleados a licencia no remunerada hasta por 3 meses por cada año calendario de manera continua o discontinua, de acuerdo a lo solicitado por el interesado, la misma, tendrá carácter irrevocable e improrrogable aunque renunciable por el beneficiario. Del mismo modo, en estos casos será el superior del empleado el encargado de concederla según las necesidades del servicio.

De esta forma, a través de la figura de los permisos remunerados y las licencias no remuneradas, los empleados y funcionarios de la rama judicial cuentan con la posibilidad de apersonarse de sus asuntos, ausentándose de sus cargos sin el riesgo de ser removidos.

6. Caso concreto.

La señora Josefina Vera Hernández actuando en nombre propio y en representación legal de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, trabajo, igualdad y vida digna al negarse a conceder los permisos y licencias remuneradas a favor de la accionante con el fin de atender la hospitalización de su hijo.

La acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo de protección de derechos al tratarse de una madre cabeza de familia y su hijo menor de edad; sujetos de especial protección constitucional para quienes el amparo tutelar se considera la vía idónea y eficaz de defensa de sus derechos fundamentales. De igual forma, aun cuando la segunda pretensión hace referencia a hechos futuros, el amparo constitucional procederá en el presente caso por tratarse de una amenaza contundente, cierta, ostensible, inminente y clara a los derechos del menor de edad quien además de gozar de especial protección por razón de su edad, se encuentra en una apremiante situación de salud.

Acorde con los antecedente planteados, el 25 de julio de 2014, la señora Vera Hernández manifestó que ese mismo día su hijo fue dado de alta, razón por la cual esta Sala estima que en lo referente a la primera pretensión operó el fenómeno de la carencia actual de

objeto por hecho superado, en el entendido que la accionante solicitó el reconocimiento de los permisos y licencias laborales de manera remunerada por el término de la hospitalización del menor. Adicionalmente, del material probatorio se desprende que conforme a las solicitudes de la señora Josefina Vera Hernández mediante la Resolución 0042 del 14 de julio de 2014 el señor Juez Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga concedió permiso remunerado por los días 14, 15 y 16 de julio de 2014, así como licencia no remunerada correspondiente a los días 18, 21 y 22 de julio del mismo año.

Como ya se mencionó, respecto a situaciones de grave calamidad doméstica, esta Corporación determinó que los trabajadores del sector privado tendrán derecho a que su empleador les conceda de carácter remunerado los permisos por grave calamidad doméstica a los que haya lugar, por un periodo de tiempo conforme al principio de razonabilidad. Por otro lado, la normatividad que rige a los empleados públicos estableció que los mismos tendrán derecho a permiso remunerado hasta por 3 días al mes cuando medie justa causa, sin hacer mención expresa de una grave calamidad doméstica. Así, esta Sala procederá al estudio del presente caso con el fin de determinar si se vulnera el derecho a la igualdad de la señora Josefina Vera Hernández en calidad de empleada de la Rama Judicial, al únicamente concederle 3 días de permiso remunerado para atender la enfermedad de su hijo, restricción que no opera respecto a los trabajadores privados.

En primer lugar, las dos situaciones anteriormente planteadas resultan comparables en el entendido que implican la existencia de un vínculo de subordinación entre empleado-empresador del sector privado y empleado-Estado, respectivamente. Adicionalmente, ambas contemplan una situación extraordinaria a la cual se ve expuesto el trabajador, en el caso concreto, la grave calamidad doméstica implica la atención que debe prestar la madre a su hijo de 4 años hospitalizado como consecuencia de un infarto cerebral debido a trombosis de arterias CE-I633, miastenia gravis- G700[30].

De esta manera, la Sala Segunda de Revisión considera que los permisos remunerados solicitados por la accionante, los requiere por (i) su condición de madre cabeza de familia, (ii) de un niño de 4 años (iii) quien padece infarto cerebral debido a trombosis de arterias CE-I633 y miastenia gravis- G700, y (iv) porque el médico tratante recomendó la presencia y acompañamiento permanente de la señora Vera Hernández al menor con el fin de evitar

un deterioro mayor[31], por la gravedad del estado de salud del menor.

En la sentencia C-930 de 2009, la Corte Constitucional interpretó el significado de grave calamidad doméstica, atribuyéndole dos sentidos: (i) razones de solidaridad que implican que el empleador esté obligado a responder de forma humanitaria “ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”[32], (ii) un suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador[33], en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano –hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero-, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio, inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos, y (iii) son situaciones que pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo.

Lo anterior permite concluir, que la protección constitucional recae, principalmente sobre el menor. No se trata del derecho de la trabajadora de la rama judicial a obtener premios remunerados adicionales a los que la normatividad para ella permite, sino, al derecho fundamental del menor, a ser atendido por su madre, cuando el médico tratante así lo requiera. Entonces, los permisos solicitados por la accionante, que no son capricho de ella, y que no son imputables a su conducta, pretender salvaguardar los derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida digna de un sujeto de especial protección constitucional no solo en su calidad de menor de edad sino también por su precario estado de salud, de acuerdo a los principios y mandatos constitucionales de prevalencia de los derechos de los niños y el interés superior del menor.

Por otra parte, la norma que permite permisos no remunerados, pretende salvaguardar el tesoro nacional, la protección de los recursos públicos, medida que resulta idónea y coherente con dicho propósito, sin embargo, es menester atender las particularidades del caso y verificar la necesidad de su implementación.

La Sala Segunda de Revisión, es enfática en señalar que la diferencia de trato entre empleados públicos y privados persigue un fin constitucionalmente protegido como el la protección de los recursos del Estado y que la misma es coherente con las disposiciones constitucionales, en el caso en cuestión son las particularidades del mismo las que permiten llegar a la conclusión de que la diferencia de trato en cuanto a los permisos remunerados resulta violatoria de derechos fundamentales.

Así las cosas, se ordenará al Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de Conocimiento para la Responsabilidad Penal de Adolescentes de Bucaramanga conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández los permisos a los que haya lugar para atender el proceso de rehabilitación del menor José Julián Rojas Vera, de carácter remunerado, siempre y cuando medie orden médica en la que se prescriba la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo.

III. CONCLUSIONES.

1. Síntesis del caso. La señora Josefina Vera Hernández actuando en nombre propio y en representación legal de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento para la responsabilidad penal de adolescentes de Bucaramanga por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, trabajo, igualdad y vida digna al negarse a conceder los permisos y licencias remuneradas a favor de la accionante con el fin de atender la hospitalización de su hijo.

Se expusieron dos pretensiones en el presente caso: (i) ordenar al juzgado accionado conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández permiso remunerado por el término que dure la hospitalización de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera y; (ii) a futuro conceder los permisos laborales a los que haya lugar para el acompañamiento a citas médicas, exámenes, terapias, seguimiento y control requeridas por el menor hasta su recuperación.

Respecto a la primera pretensión, operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, pues a través de comunicación telefónica la actora manifestó que el menor ya fue dado de alta.

En cuanto a la segunda pretensión, se accederá a la misma en el entendido que de acuerdo a las particularidades del caso, es decir por tratarse de una madre cabeza de familia de un menor de edad que padece graves quebrantos de salud a favor de quien el médico tratante ha expedido orden médica donde prescribe la necesidad de acompañamiento permanente de su madre, negar la posibilidad de que la misma asista a su hijo mediante permisos remunerados resulta violatorio de los derechos fundamentales del menor a la luz del carácter prevalente de los derechos de los niños y el principio constitucional del interés superior del menor. No obstante, para conceder los permisos remunerados a los que haya lugar, será necesaria la existencia de orden médica en la que se prescriba la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo. Y, en aras de proteger los recursos públicos, el juez podrá implementar las medidas que considere necesarias para que no se afecte la prestación del servicio.

2. Razón de la decisión. Se protegen los derechos fundamentales de los menores de edad, permitiendo que les sean concedidos permisos remunerados a su padre o a su madre trabajadores de la rama judicial, superiores a 3 días, cuando (i) el trabajador no cuente con otras personas que atiendan la calamidad (madres o padres cabeza de familia), (ii) se trate de situaciones graves, inimputables al trabajador (como lo es la enfermedad de un hijo menor de edad), y (iii) medie una orden médica que prescriba la necesidad de acompañamiento permanente del empleado para su hijo. En todo caso, el empleador tendrá la potestad de implementar las medidas necesarias para que no se vea afectada la prestación del servicio.

IV. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

PRIMERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado, frente a la solicitud de amparo instaurada por la señora Josefina Vera Hernández, en los términos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del 17 de septiembre de 2014 que confirmó la providencia del 8 de agosto de 2014, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de

Bucaramanga, que negó el amparo solicitado por la señora Josefina Vera Hernández y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la vida e integridad física de José Julián Rojas Vera.

TERCERO.- ORDENAR al Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento para la responsabilidad penal de adolescentes de Bucaramanga conceder a favor de la señora Josefina Vera Hernández los permisos remunerados necesarios con el fin de atender el proceso de recuperación y rehabilitación de su hijo menor de edad José Julián Rojas Vera por el término en que el médico tratante considere imprescindible la presencia del empleado, siempre y cuando medie orden médica donde se fije de manera expresa el tiempo de duración y conste la necesidad de acompañamiento permanente de la señora Vera Hernández. En todo caso, el empleador tendrá la potestad de implementar las medidas necesarias para que no se vea afectada la prestación del servicio.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

[1] Acción de tutela presentada el 24 de julio de 2014. (Folios 1-82).

[2] Tal como lo manifiesta la accionante en el escrito de tutela. (Folios 1-82).

[3] Folio 26.

[4] Folios 75 a 78.

[5] Folios 79 a 80.

[6] Folio 72.

[7] Folio 71.

[8] Folio 81.

[9] Folio 82.

[10] Folio 85.

[11] Folios 93 a 95.

[12] Folios 98 a 101 con fecha del 4 de agosto de 2014.

[13] Folios 102 a 111.

[14] Folios 4 a 31 cuaderno 2da instancia.

[15] Folios 44 a 53 cuaderno 2da instancia.

[17] Sentencia T-584 de 2011.

[18] Sentencia T-185 de 2007.

[19] Sentencia T-652 de 2012.

[20] Sentencia T-279 de 1997.

[21] Sentencia T-647 de 2003.

[22] Sentencia T-502 de 2006.

[23] Sentencias T-856 de 2007, T-267 de 2008, T-576 de 2008 y T-091 de 2009.

[24] Sentencia T-117^a de 2013.

[25] Sentencia C-934 de 2004.

[26] Sentencia C-930 de 2009.

[27] Sentencia C-930 de 2009.

[28] Sentencia C-930 de 2009

[29] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 4.

[30] Folio 26.

[31] Folio 71.

[32] Constitución Política, artículo 95, numeral 2°.

[33] Esta es la definición de calamidad doméstica que acoge el Acuerdo 2194 de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.