

T-147-14

Sentencia T-147/14

(Bogotá D.C., marzo 13)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto fáctico, según ha estipulado la jurisprudencia de la Corte, es un error relacionado con asuntos probatorios, que tiene dos dimensiones. Una dimensión negativa, que se produce por omisiones del juez, como por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo. Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda con su interpretación la Constitución o la ley. Puede presentarse cuando el juez: (i) fundamenta su decisión en una norma derogada o declarada inexecutable, (ii) basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, (iii) el fallo carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable, (iv) la interpretación desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, (v) interpreta la norma sin

tener en cuenta otras disposiciones normativas aplicables, (vi) desconoce la normatividad aplicable al caso concreto, (vii) a pesar de la autonomía judicial, interpreta o aplica la norma al caso concreto, por fuera del ámbito de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no configuración de defecto fáctico o sustantivo en despido de trabajadora que no justificó ausencia con incapacidad

Referencia: Expediente T-4.034.781

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 4 de octubre de 2012, que confirmó la providencia dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado el 30 de julio de 2012, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Accionante: María Dolores Mesa Díaz.

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: vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, honra, trabajo, debido proceso y derechos de la mujer.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: sentencia proferida el 8 de febrero de 2012 por el

Tribunal accionado negando las pretensiones de la demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual buscaba que se declarara la nulidad de las resoluciones que la declararon insubsistente.

1.1.3. Pretensión: dejar sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 8 de febrero de 2012.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

1.2.1. El 19 de abril de 2004, mientras trabajaba en el Juzgado Civil del Circuito de Puerto Berrío, debió ausentarse del despacho porque estaba enferma. Que, por causa de la enfermedad, fue incapacitada por el término de cinco días, del 19 de abril al 23 de abril de 2004.

1.2.2. El 21 de abril de 2004, el juez le solicitó a la servidora allegar la incapacidad para no trabajar los días del 19 al 23 de abril de 2004, especificando la enfermedad que padecía. “Es que por más de tres días de incapacidad, se requiere que ello se haga constar en formulario apropiado a efecto del trámite ante la EPS a que está inscrita la trabajadora.”[2]

1.2.3. En la misma fecha, el médico general, Alberto Navarro Zapata, afirmó por escrito que la señora Díaz Mesa consultó el día 19 de abril de 2014 a las 12:00 del día, pagando consulta particular. Manifestó que fue remitida al ginecólogo por presentar problemas premenopáusicos[3].

1.2.4. El 26 de abril de 2004, el juez nominador inició una investigación por el posible abandono del cargo a la señora María Dolores Mesa, citándola para que “justificara legalmente con la debida incapacidad expedida por Ginecología y tramitada ante Coomeva, la no asistencia a trabajar los días 19, 20, 21, 22 y 23 de abril de 2004.”[4]

1.2.5. El 25 de mayo de 2004, se realizó audiencia pública para oír los descargos de la señora María dolores por su no asistencia a trabajar los días antes señalados. Aquí ella manifestó que estaba embarazada.

1.2.7. El 4 de octubre de 2004, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra la Nación - Consejo Superior de la Judicatura -

Dirección Nacional de la Rama Judicial, radicada bajo el No. 05001-23-31-000-2004-07040-00, correspondiéndole por reparto al Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Medellín. Mediante sentencia del 8 de junio de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda, anuló los actos administrativos mencionados y ordenó el reintegro de la demandante al cargo que ocupaba en el juzgado o a uno de igual o superior categoría.

1.2.8. Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó recurso de apelación, del que conoció el Tribunal Administrativo de Antioquia, que, en sentencia del 8 de febrero de 2012, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, porque la demandante no justificó la ausencia a laborar y, en consecuencia, incurrió en causal de abandono del cargo, que justificaba la expedición del acto administrativo de insubsistencia. Que, en consecuencia, los actos administrativos demandados no incurrieron en ninguna de las causales de nulidad alegadas por la demandante.

1.2.9. Adujo la demandante que la sentencia de segunda instancia no tuvo en cuenta los principios de estabilidad laboral reforzada por embarazo y de la primacía de la realidad frente a la formalidad. Que, además, el tribunal pasó por alto que la ausencia al trabajo estuvo justificada, pues, a la edad de 44 años, empezaba el primer embarazo. Que el hecho de que la incapacidad médica hubiera sido proferida por un médico particular no le restaba validez. Que, en consecuencia, se configuraron los defectos sustantivo y fáctico.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión -: la magistrada María Nancy García García dijo que no se configuró la violación de los derechos fundamentales alegada por la demandante, por lo que solicitó negar la acción de tutela.

Adujo que la Sala no aplicó un régimen laboral diferente al que regía el estatus de la actora al momento de la desvinculación. Que si bien se citaron diversas sentencias de las altas cortes para sustentar la decisión, dichas sentencias aludían al concepto de abandono del cargo. Que, en todo caso, la norma aplicable a la situación de la demandante era el artículo 149 de la Ley 270 de 1996.

Que la actora, independientemente del estado de embarazo, no justificó la inasistencia al lugar de trabajo por varios días, pues el documento con el que pretendía justificar la ausencia no cumplía con los requisitos para el efecto. Que el tribunal solicitó a la actora que presentara el mencionado documento ante la EPS para la debida legalización, pero que la demandante hizo caso omiso al requerimiento y que, por ende, se concluyó “por la EPS que dicho certificado no contenía un diagnóstico incapacitante, aunado a que ni siquiera fue tratada fue expedida por el médico tratante adscrito a la EPS.” (sic)

2.2. Intervención de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial: dijo que la demandante no probó el perjuicio irremediable que haría procedente la acción de tutela ni tampoco acreditó siquiera sumariamente la violación de los derechos fundamentales invocados como violados.

Que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión se apoyó en amplia jurisprudencia relacionada con el tema objeto de debate, con una decisión lógica, razonable y aceptable. Que, en consecuencia, se deben negar las pretensiones de la acción de tutela.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Sentencia de la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de julio de 2012[5].

Rechazó por improcedente la acción de tutela. Consideró que las afirmaciones de la actora no tenían asidero, pues, según se evidenció en el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, el documento presentado para acreditar la incapacidad es una simple certificación expedida por el médico Luis Alberto Navarro, que, además, no está adscrito a la EPS a la que está afiliada. Que en dicho documento se indicó que la actora no podía ir a trabajar en la semana comprendida entre el 19 y el 23 de abril de 2004 porque debía ir a revisión con la ginecóloga; y, por esa razón, el documento no podía tenerse como incapacidad.

Que el requisito de que se pidiera al inspector del trabajo la autorización para el despido no es indispensable en el caso de las empleadas públicas, sino de las trabajadoras oficiales. Que, en el caso de la demandante, lo único que debía existir era la resolución

debidamente motivada por el respectivo jefe, que expresara las razones por las que se terminaba el nombramiento.

3.2. Impugnación[6].

La señora María Dolores Mesa Díaz manifestó que sí tuvo justa causa para ausentarse del lugar de trabajo. Que, conforme con el Decreto 546 de 1971, las mujeres que trabajen al servicio de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público “tienen derecho a asistencia médica completa por maternidad durante el periodo de embarazo y el parto y a asistencia pediátrica”.

Además, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el abandono del cargo debe estar debidamente comprobado, sin que se hubiere acreditado la justa causa. Que sí informó al nominador la causa por la que se ausentó del trabajo, razón por la que era improcedente abrir el proceso disciplinario y desvincularla del cargo de escribiente.

3.3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 4 de octubre de 2012[7].

Confirmó el fallo de primera instancia. En relación con la certificación expedida por el médico Luis Alberto Navarro, en la que se indicó que la actora no podía asistir a trabajar en la semana comprendida del 19 al 23 de abril de 2004, la Sala consideró que tal como dijo el juez de primera instancia, dicha certificación no puede ser tomada como incapacidad, pues no fue expedida por un médico adscrito a la EPS a la que estaba afiliada la demandante, ni tenía las características de una incapacidad. Entonces, la decisión atacada por vía de tutela, se ajusta a la ley, ya que la demandante no demostró que su ausencia del 19 al 23 de abril de 2004 estuviera justificada, declaró que la Resolución No. 006 de 2004.

II. CONSIDERACIONES.

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[8].

2. Procedencia de la demanda de tutela y causales genéricas de procedencia de la demanda de tutela contra providencia judicial.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por autoridades públicas y particulares. Las decisiones judiciales, al ser proferidas por una autoridad pública son excepcionalmente materia de la acción de tutela, solo cuando se compruebe la vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el mecanismo de amparo contra providencias judiciales es excepcional, para proteger los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial e independencia de las autoridades judiciales, sin embargo, cuando es evidente que éstas vulneran derechos fundamentales, deben ser revocadas[9].

Por lo tanto, para que se configure la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario que se acredite el cumplimiento de unos requisitos generales de procedibilidad, mencionadas en la sentencia C-590 de 2005[10].

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, el trabajo y el debido proceso, los cuales encuentran raigambre constitucional.

2. 2. Legitimación activa. La señora María Dolores Mesa Díaz interpuso acción de tutela en nombre propio.

2.3. Legitimación pasiva. El Tribunal Administrativo de Antioquia es una autoridad judicial y como tal, es demandable en el proceso de tutela (art. 86 C.P; art. 1º D. 2591/91, sentencia C-543 de 1992).

2.4. Relevancia constitucional. La Sala considera que el conflicto presentado tiene relevancia constitucional, en la medida en que involucra la presunta vulneración de dos derechos de raigambre constitucional, la vida, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, el trabajo y el debido proceso, puesto que la parte actora sostiene que la autoridad judicial accionada erró en la valoración de pruebas del caso puesto a su

consideración a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.5. Subsidiariedad. La accionante agotó los mecanismos de defensa judicial que tenía a su alcance, que culminaron con la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal accionado.

2.6. Inmediatez. La demanda de tutela fue presentada[11] cuatro meses después de que el Tribunal Administrativo de Antioquia proferiera, el 08 de febrero de 2012, la providencia judicial que se reprocha, término razonable para la interposición de la acción de tutela contra providencia judicial.

2.7. Identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración y los derechos fundamentales vulnerados. La accionante considera que la providencia atacada incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso, mencionando los hechos que la llevaron a dicha conclusión.

2.8. No se controvierte una sentencia de tutela. Tratándose de una acción de tutela contra providencia judicial, es improcedente dirigirla contra una sentencia que resuelve un recurso de amparo, cuestión que no se da en el presente caso, pues se trata de una decisión judicial adoptada en la jurisdicción contencioso administrativa dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la accionante.

3. Problema Jurídico.

De acuerdo con los antecedentes narrados previamente, corresponde a la Sala establecer si: ¿El Tribunal Administrativo de Antioquia incurrió en los defectos fáctico y sustancial al no tener en cuenta que: (i) no existió justa para la desvinculación de su cargo, porque sí tenía excusa médica para ausentarse más de tres días del trabajo; y como consecuencia (ii) no podían desvincularla por ser una servidora pública de carrera y encontrarse en estado de embarazo, acorde con el Decreto 546 de 1971?

4. Vulneración del derecho al debido proceso.

4.1. Causales específicas de procedencia de la demanda de tutela contra providencia judicial. Reiteración de jurisprudencia.

La jurisprudencia de esta Corporación, ha establecido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está igualmente circunscrita al cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad, que deben ser plenamente probados. Dichos requisitos consisten en: (i) defecto orgánico[12], (ii) sustantivo[13], (iii) procedimental[14], (iv) fáctico[15]; (v) error inducido[16]; (vi) decisión sin motivación[17]; (vii) desconocimiento del precedente constitucional[18]; y (viii) violación directa de la Constitución[19].

En síntesis, la acción de tutela procede excepcionalmente para controvertir decisiones judiciales que desconozcan los derechos fundamentales y tenga un grado de afectación relevante desde el punto de vista constitucional, por lo cual se debe cumplir con los requisitos generales y específicos de procedibilidad enunciados. Lo anterior, por cuanto no cualquier error judicial está resguardado por el principio de autonomía judicial, pues sólo en el evento en que una providencia judicial resulte arbitraria, caprichosa o irrazonable y sea contraria a la Constitución, el juez constitucional tiene la facultad de intervenir.

4.1.1. Caracterización del defecto fáctico.

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado de forma reiterada que el defecto fáctico tiene lugar cuando el juez toma una decisión (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios[20]. Y ha sostenido, de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues según las reglas generales de competencia el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto[21].

El defecto fáctico, según ha estipulado la jurisprudencia de la Corte, es un error relacionado con asuntos probatorios, que tiene dos dimensiones. Una dimensión negativa, que se produce por omisiones del juez, como por ejemplo, (i) por ignorar o no valorar,

injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso[22]; (ii) por decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión[23]; o (iii) por no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo[24]. Y una dimensión positiva, que tiene lugar por actuaciones positivas del juez, en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión[25]; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia[26].

En la medida en que el juez constitucional no puede percibir como fuente directa los elementos probatorios con la suficiente entidad que como lo hace el juez ordinario en ejercicio del principio de inmediación probatoria[27], implica que aquel sólo está autorizado a dejar sin efectos una decisión judicial cuando es evidente y manifiesto que la sentencia es contraria a los presupuestos constitucionales.

En conclusión, las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico, pues conforme a la sana crítica y al principio de inmediación, corresponde al juez interpretar de manera razonable los elementos probatorios recaudados.

4.1.2. Caracterización del defecto sustantivo.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el juez ordinario incurre en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando en ejercicio de su autonomía e independencia, desborda con su interpretación la Constitución o la ley. Puede presentarse cuando el juez: (i) fundamenta su decisión en una norma derogada o declarada inexecutable, (ii) basa su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, (iii) el fallo carece de motivación material o es manifiestamente irrazonable[28], (iv) la interpretación desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance[29], (v) interpreta la norma sin tener en cuenta otras disposiciones normativas aplicables[30], (vi) desconoce la normatividad aplicable al caso concreto[31], (vii) a pesar de la autonomía judicial, interpreta o aplica la norma al caso concreto, por fuera del ámbito de interpretación razonable[32] o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses

legítimos de una de las partes”[33] o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”[34].

Sin embargo, no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, sólo aquellas que resultan irrazonables, desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas pueden ser objeto de la acción de tutela.

5. Caso concreto.

El 26 de abril de 2004, el juez nominador inició una investigación por el posible abandono del cargo a la señora María Dolores Mesa, citándola para que “justificara legalmente con la debida incapacidad expedida por Ginecología y tramitada ante Coomeva, la no asistencia a trabajar los días 19, 20, 21, 22 y 23 de abril de 2004”[35]. El 25 de mayo de 2004, se realizó audiencia pública para oír los descargos de la señora María Dolores por su no asistencia a trabajar los días antes señalados, en ella, la servidora manifestó que estaba embarazada.

El 26 de mayo de 2004, mediante Resolución No. 006, el Juez Penal del Circuito de Puerto Berrío desvinculó a la señora María Dolores Mesa Díaz del cargo de Escribiente, grado 7, que ocupaba en dicho juzgado, bajo la causal de abandono del cargo; sin pedir autorización al Ministerio del Trabajo.

El 4 de octubre de 2004, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral contra la Nación – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Nacional de la Rama Judicial, alegando que la resolución que la desvinculó no tuvo en cuenta que: (i) no podían desvincularla por encontrarse en estado de embarazo; y (ii) sí tenía excusa médica para ausentarse del trabajo.

El Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 8 de junio de 2009, accedió a las pretensiones de la demanda, anuló los actos administrativos mencionados y ordenó el reintegro de la demandante al cargo que ocupaba en el juzgado o a uno de igual o superior categoría.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó recurso de apelación, del que conoció el Tribunal Administrativo de

Antioquia, que, en sentencia del 8 de febrero de 2012, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, porque la demandante no justificó la ausencia a laborar y, en consecuencia, incurrió en causal de abandono del cargo, que justificaba la expedición del acto administrativo de insubsistencia. Concluyó que los actos administrativos demandados no incurrieron en ninguna de las causales de nulidad alegadas por la demandante.

Adujo la demandante que la sentencia de segunda instancia no tuvo en cuenta los principios de estabilidad laboral reforzada por embarazo y de la primacía de la realidad frente a la formalidad. Que, además, el tribunal pasó por alto que la ausencia al trabajo estuvo justificada, pues, a la edad de 44 años, empezaba el primer embarazo. Que el hecho de que la incapacidad médica hubiera sido proferida por un médico particular no le restaba validez. Que, en consecuencia, se configuraron los defectos sustantivo y fáctico.

5.1. No configuración del defecto fáctico en el caso concreto.

La señora María Dolores Mesa señala que no existió justa causa para su desvinculación, toda vez que un médico particular le indicó que no podía ir a trabajar los días 19, 20, 21, 22 y 23 de abril de 2004. El escrito firmado por el médico Navarro Zapata el 19 de noviembre de 2004 y presentado como excusa médica al juez nominador, señala:

Certifico que la señora María Dolores Chía Díaz no puede trabajar esta semana pues debe ir a revisión donde ginecología. A partir del 19-04-04 hasta el 23-04-04.[36]

Por su parte, el Tribunal accionado consideró que, la accionante no justificó la inasistencia a su trabajo, pues la mencionada certificación allegada como justificación de ese hecho, emitida por el médico Navarro Zapata, “no contenía una incapacidad médica, sino una autorización o remisión para médico especialista, lo cual debía cumplir la actora en el momento en que obtuviera la respectiva cita del ginecólogo, y no era menester indicar el periodo durante el cual debía hacerlo, salvo que se tratara de una urgencia, caso en el cual había podido la actora justificar su inasistencia con la demostración efectiva de que había acudido con la premura indicada a la cita con el especialista que se le prescribía, todo lo cual no pudo demostrar la accionante, pese a que se le requirió por el nominador antes de proferir la decisión sobre su retiro, ni tampoco hubo de hacerlo ante la instancia judicial.”

Adicionalmente, mencionó que, aun aceptando que se trataba de una incapacidad médica, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, es necesario acreditar la legalización de la incapacidad médica expedida por un particular ante el servicio médico oficial al que se encontraba afiliada la servidora, so pena de considerar que no tiene dicho certificado la condición de prueba idónea que justifique la inasistencia a laborar[37].

La discusión presentada a esta Sala recae en determinar si es razonable considerar que el certificado expedido por el médico particular, sin legalizar ante la EPS correspondiente, y sin que especifique la causa de la presunta incapacidad, no es prueba idónea para justificar la inasistencia al trabajo.

Para la Sala es razonable pensar que el certificado expedido por el Dr. Alberto Navarro Zapata, es una remisión a un especialista, más no una incapacidad. En efecto, el 21 de abril de 2004, el juez nominador, Hugo Morales, le solicitó al médico que expidió la supuesta incapacidad, “expedirnos, para efecto de orden laboral, la legalidad para no trabajar en el Juzgado Penal del Circuito la empleada María Dolores Mesa Díaz, en el lapso del 19 al 23 de abril de 2004 y se apunte la enfermedad por la que se incapacita. Es que por más de tres días de incapacidad, se requiere que ello se haga constar en formulario apropiado a efecto del trámite ante la EPS a que está inscrita la trabajadora.”

El 22 de abril de 2004, el médico respondió que “la paciente fue remitida donde el ginecólogo en vista de que ha venido con problemas de índole ginecológico (premenopausia)”[38].

Acorde con lo anterior, el juez nominador decidió que “la mencionada empleada no tenía como justificar médicamente y por incapacidad su no trabajo los días 19, 20, 21, 22 y 23 de abril de 2004, toda vez que no se presentó ante la autoridad médica, Ginecológica, en los días referidos, pues fue vista en la población el día 20 de abril de 2004, y además los restantes días debía ir o fue a asistir a cátedra en la Universidad Externado de Colombia donde está realizando especialización o posgrado de su profesión de abogada y sobre el particular el despacho dejó sentada su posición.”

Acorde con el concepto 10240 - 140206 emitido por el Ministerio de la Protección Social 19 de Mayo de 2011:

La incapacidad no sólo es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS en caso de enfermedad o accidente de origen común, o las ARP en caso de enfermedad o accidente de origen profesional, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual, sino además, el evento autorizado y reconocido por el legislador para que el trabajador se ausente de sus labores, con el fin de que recupere su estado de salud, y por ende, su capacidad laboral.

Por lo anterior, si el médico tratante de la EPS en la que se encuentra afiliado el trabajador considera necesario ordenarle la incapacidad, el empleador no sólo estará obligado a concederle esos días para su recuperación y descanso, sino que además, estará obligado a pagarle el auxilio de incapacidad, siempre que el trabajador acredite las incapacidades de forma oportuna.

Situación distinta se presenta en caso de que el trabajador no informe oportunamente al empleador de sus incapacidades ni las acredite mediante las órdenes médicas de su EPS, pues en este caso debe acudirse a lo dispuesto por el numeral 4° del Artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que está prohibido a los trabajadores faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo.

En igual sentido, lo señaló el Artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, al regular el derecho al pago del día dominical, cuyo texto prevé:

Para tales propósitos, el numeral 2o del Artículo 173 del citado Código define la justa causa en aquellos eventos como el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

En este orden de ideas, considera la Oficina que si bien la enfermedad constituye una justa causa para ausentarse de las labores, dicha situación deberá ser acreditada a través de la incapacidad que expida el médico tratante de la EPS en la que se encuentre afiliado el trabajador; pues en caso contrario, podría configurarse el incumplimiento de la prohibición establecida en el Artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto señala: “4) faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo”.

Con todo, considera la Sala que la apreciación hecha por el Tribunal accionando, a las pruebas obrantes en el proceso, no es irrazonable, ya que la certificación no tenía la entidad necesaria para considerarse una incapacidad, pues no indicó que la señora María estuviera afectada en su salud para asistir a trabajar. Adicionalmente, de ser urgente la visita al ginecólogo, la accionante debió gestionar de manera urgente dicha cita, pero ella no adujo haber acudido al especialista remitido, justificando de esa manera la ausencia a laborar. Y por último, porque la certificación no fue legalizada ante la EPS correspondiente.

5.2. No configuración del defecto sustantivo en el caso concreto.

La accionante considera que la sentencia atacada incurrió en un defecto sustantivo, pues no aplicó el Decreto 546 de 1971, al momento de adoptar la decisión, ignorando el hecho de estar embarazada al momento en que fue declarada insubsistente por abandono del cargo. Dicho Decreto establece:

ARTÍCULO 23. Las mujeres que trabajen al servicio de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y las esposas de los funcionarios y empleados, tienen derecho a asistencia médica completa por maternidad durante el período del embarazo y el parto y a asistencia pediátrica para sus hijos hasta los seis meses de edad. Las primeras tendrán derecho, además, a una licencia remunerada con la totalidad del sueldo por un lapso no menor de 8 semanas o por el que señale el médico oficial, si fuere mayor, y a que se les conserve en su empleo hasta el pleno restablecimiento. Si durante el embarazo o la licencia de parto, se venciere para la funcionaria un período constitucional o legal y no fuere reelegida, se le continuará suministrando la asistencia médica y económica hasta los límites indicados en este artículo. La asistencia médica de que trata este artículo será a la tarifa especial reducida que al efecto adopte la Caja Nacional de Previsión, respecto de la asistencia a la esposa e hijos de los funcionarios y empleados.

Al respecto, en las consideraciones de la sentencia del 8 de febrero de 2012, el juez accionado hizo alusión al artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 39 al 41 del Decreto 1848 de 1969, que establecen:

Artículo 21º.- Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres (3) meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada

del Jefe del respectivo organismo si de empleada. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece.

En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.

ARTICULO 39. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. 1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.

ARTICULO 40. PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR EMBARAZO. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los períodos señalados en el artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.

ARTICULO 41. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. 1. En el caso de despido sin el lleno de los requisitos exigidos en el inciso 2 del Artículo 39 de este Decreto, la empleada oficial tiene derecho a que la entidad, establecimiento o empresa donde prestaba sus servicios, le pague lo siguiente:

a. Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se liquidará con base en el último salario devengado por la empleada; y

b. La suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, si el despido impide el goce de dicha licencia.

2. Lo dispuesto en los literales anteriores es sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la empleada oficial al tiempo de su despido, y a lo que dispone el Artículo 8o. de la Ley 73 de 1966.

Consideró que, acorde con las disposiciones citadas, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo impide al empleador tomar la decisión inmotivada o sin autorización, de despedir o retirar a la mujer en estado de gravidez.

Se trata de una estabilidad relativa, porque en la medida que se establezca una justa causal para dicho retiro, debidamente expuesta ante la autoridad del Ministerio del Trabajo, para los trabajadores privados, o en acto administrativo debidamente motivado, en tratándose de servidores públicos, se ha considerado que procede el retiro, dado que el estado de embarazo tampoco puede considerarse como una patente de curso para que la persona en dicho condición pueda actuar a su arbitrio, sin atender los deberes que corresponden a su función; así pues, en caso de incumplir dichos deberes queda sujeta a la consecuencia del retiro, para lo cual se debe cumplir por parte del empleador con el procedimiento previsto en la norma para proceder a ello.[39]

Concluyendo que, al no haber justificado la ausencia al trabajo, el juez nominador actuó en debida forma al declararla insubsistente por abandono del cargo.

En la parte resolutive de la Sentencia C-470 de 1997, la Corte declaró exequible el artículo 239 del Código sustantivo del Trabajo y los artículos 2 de la Ley 137 de 1998 y 1 del decreto 2535 de 1968 2º de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esa sentencia, y debido al principio de igualdad y a la especial protección constitucional a la maternidad, carece de todo efecto el despido de una trabajadora o de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

Acorde con lo anterior, la Sala no encuentra la configuración de un defecto sustantivo por indebida aplicación de la norma en el caso concreto, puesto que la empleada pública, si bien se encontraba en estado de embarazo, fue declarada insubsistente a través de un acto

administrativo motivado, en el cual se determinó abandono del cargo como justa causa para motivar el mismo. Esto conlleva a que, la norma del Decreto 546 de 1971, la cual echa de menos la accionante en las consideraciones realizadas por el Tribunal, debe ser interpretada en concordancia con las normas mencionadas por el juez accionado y con la Sentencia C-470 de 1997.

6. Conclusión.

6.1. Síntesis del caso.

La accionante considera que el certificado expedido por su médico particular, en el cual le dice que no puede ir a trabajar durante los días referidos, porque debe ir al ginecólogo, justifica su ausencia a trabajar. Adicionalmente menciona que no pudo haber sido retirada de su cargo por encontrarse en estado de embarazo.

Mediante sentencia del 8 de febrero de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de descongestión – subsección laboral, consideró que la resolución que declaró el abandono del cargo estaba ajustada a derecho, toda vez que el certificado expedido por el médico particular no tenía entidad de incapacidad, pues no lo hizo referencia a si se trataba de una incapacidad por enfermedad. A falta de claridad al respecto, le fue solicitado al médico que expidiera la incapacidad correspondiente, a lo cual respondió que se trató de una remisión. Respecto del retiro en estado de embarazo, el Tribunal consideró que el juez nominador expidió un acto administrativo motivado en justa causa, requisito impuesto por la jurisprudencia constitucional para desvincular a empleadas públicas que se encuentran en estado de gestación.

La Sala Segunda de revisión considera que la valoración probatoria realizada por el Tribunal, y las normas aplicadas al caso concreto, no es arbitraria, al contrario, están dentro de la órbita de interpretación judicial con que cuentan los jueces.

6.2. Regla de decisión.

No se configura un defecto fáctico, cuando el juez razonablemente infiere que el certificado médico presentado por una funcionaria judicial para justificar su inasistencia al trabajo, durante 5 días, no tiene las características de una incapacidad médica, puesto que esta no

fue expedida en el formato de incapacidades, no indica la enfermedad por la cual se incapacita a la paciente y, en su lugar, lo que hace es una remisión a un médico especialista, remisión que la funcionaria no hizo efectiva en el término establecido en la supuesta incapacidad. Adicionalmente porque, al ser expedida por un médico particular, debió legalizarse ante la EPS correspondiente, cosa que no sucedió. Con todo, las divergencias subjetivas de la apreciación probatoria no configuran un defecto fáctico.

No se configura un defecto sustantivo por inaplicación del Decreto 546 de 1971, cuando se retira del servicio a una funcionaria de la rama judicial, que se encuentre embarazada, cuando el juez nominador, mediante acto motivado, expone las razones que dieron lugar a la justa causa para el retiro.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 4 de octubre de 2012, que confirmó la providencia dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado el 30 de julio de 2012, que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

SEGUNDO.- 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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela presentada el diez (10) de mayo de 2012. (Folios 1 a 23).

[2] En el folio 129 reposa la solicitud del juzgado a la accionante.

[3] Folio 130.

[4] Ver folio 137.

[5] Folios 202 a 214.

[6] Folios 230 a 250.

[7] Folios 253 a 263.

[8] En Auto del doce (12) de septiembre de 2013 la Sala de Selección de tutela Número Nueve de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió lo repartió a la Magistrada María Victoria Calle. Posteriormente, mediante auto del 18 de noviembre de 2013, la Sala dual compuesta por el Magistrado Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez aceptaron el impedimento presentado por la Dra. María Victoria Calle. Por lo anterior, el 21 de noviembre de 2013, el expediente fue remitido a este despacho para proferir fallo.

[9] Así lo estableció la sentencia C-543 de 1992 respecto a la garantía de preservación de los derechos fundamentales debe darse bajo el entendido del respeto a los principios antes enunciados, esto es, el de seguridad jurídica e independencia judicial, razón por la cual la procedencia de la acción de tutela sólo se da bajo el entendido que en el marco de un proceso judicial que finaliza con una providencia, la vulneración a un derecho fundamental tenga una evidente relevancia constitucional.

[10] La sentencia C-590 de 2005 resumió las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales así:

“ a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional (...)

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.”

[11] La acción de tutela fue interpuesta el 20 de junio de 2012.

[12] Cuando existe una carencia absoluta de competencia por parte del funcionario judicial que profiere la sentencia.

[13] Cuando la decisión judicial se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales o, en fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Sentencia C- 590 de 2005, SU-817 de 2010

[14] Surge cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el caso concreto. Al respecto ver sentencias SU- 159 de 2002, T-996 de 2003 y T-196 de 2006, T-508 de 2011.

[15] Hace referencia a la producción, validez o apreciación de los elementos probatorios. En razón de la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es bastante restringido. Ver sentencias SU-817 de 2010, SU-447 de 2011, SU-195 de 2012.

[16] Hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable del juez, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la administración de justicia, por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público. Ver sentencias SU-214 de 2001, T-1180 de 2001, y SU-846 de 2000.

[17] Es deber de los funcionarios públicos, en razón de la necesidad de legitimidad de las decisiones adoptadas en un ordenamiento democrático, la motivación amplia y suficiente de las decisiones, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de los ciudadanos frente a dichas disposiciones. Ver sentencia T-114 de 2002.

[18] Se presenta cuando habiendo la Corte Constitucional establecido el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario aplica una ley limitando su alcance. Ver sentencias SU-047 de 1997, SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

[19] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la Constitución. Ver sentencias SU-1184/01, T-1625/00, y T1031/01, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver sentencia T- 701/04.

[20] Sentencia T-302 de 2008.

[21] Sentencia SU-226 de 2013.

[22] Sentencia T-442 de 1994.

[23] Sentencia C-590 de 2005.

[24] Sentencia T-417 de 2008.

[26] En la Sentencia T-1082 de 2007, Caso en que prosperó una tutela contra providencia judicial, porque se había declarado la existencia de un contrato de arrendamiento partiendo de una prueba que no era aceptada por la ley como conducente para esos efectos

[27] Sentencia T-205 de 2011.

[28] Sentencia T-244 de 2007.

[29] Sentencia T-790 de 2010.

[30] Sentencia T-790 de 2010.

[31] Sentencia T-058 de 2009.

[32] Sentencia T-051 de 2009

[33] Sentencia T-462 de 2003.

[34] Sentencia T-066 de 2009.

[35] Ver folio 137.

[36] La certificación esta en el folio 173 del expediente.

[37] En la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – sección segunda – subsección B, del Consejo de Estado, proferida el 14 de junio de 2007, la Sala consideró que “En consecuencia, la Sala comparte la determinación del Tribunal a-quo, en el sentido de que el certificado de incapacidad médica varias veces mencionado no constituye prueba idónea para justificar la inasistencia al trabajo durante cinco (5) días por parte del actor, pues el profesional que lo expidió no presentaba sus servicios en los hospitales y clínicas militares o de la policía ni mediante contrato suscrito para el efecto, pese a lo cual el actor omitió su deber de legalizar el certificado ante la entidad demandada y parte de ello lo presentó extemporáneamente ante el Ministerio de Defensa Nacional, vale decir cuando Iván Guillermo Jiménez Olano había faltado reiterada e injustificadamente a su trabajo”.

[38] Ver folio 130 del expediente.

[39] Consideración realizada por el juez accionado, ver página 117 del expediente.