

Sentencia T-460-09

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

VALORACION DE PRUEBAS EN PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Por orientación del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos que se tramiten ante esa jurisdicción, en materia probatoria se aplicarán en aquellos aspectos que resulten compatibles las disposiciones del procedimiento civil relacionadas con la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlos y los criterios de valoración. Esa remisión conlleva que en materia contencioso administrativa se puedan aplicar, siempre que no resulte contrario a la Constitución y a los preceptos del Código Contencioso Administrativo, normas como las contenidas en el estatuto procesal civil en las cuales se regulen los temas referidos con antelación. Resultan así aplicables en materia de necesidad de la prueba, entre otros, el artículo 174 CPC, según el cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pudiéndose rechazar in limine, sólo las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EMBARAZADA-Cambio de Alcaldía

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA PROFERIDA POR TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-
Empleada de Alcaldía que se encontraba en estado de embarazo a quien se le nombró reemplazo

Resulta pertinente realzar que en los hechos de la demanda contenciosa se aprecia que el estado de gravidez de la interesada sí fue puesto en conocimiento del Jefe de la División Administrativa de Calisalud EPS, mas no del Alcalde municipal, ni el saliente ni quien en ese instante asumió el cargo y proveyó los distintos empleos de su esfera de acción. Igualmente, en los alegatos de conclusión que presentara la parte demandante se reiteró que el embarazo de la señora Valencia Calero fue informado a la referida división de la EPS. Empero, en los argumentos defensivos esgrimidos en la misma oportunidad procesal por la parte demandada, entre otros aspectos, se insistió que esa situación hacía “prácticamente imposible” que el Alcalde tuviere conocimiento de la gestación en ciernes. Así, durante la actuación procesal originada con la acción de nulidad incoada, la parte

interesada fundamentó sus pretensiones en la comunicación remitida al Jefe de la División Administrativa de Calisalud EPS, argumento que fue debatido por la contraparte y así considerado y valorado por el Tribunal, concluyendo que al burgomaestre “no le era dable conocer esa situación”. No puede entonces el Juez de tutela, como pretende la accionante, valorar situaciones ajenas a las expuestas dentro del proceso adelantado por el Juez contencioso, pues ello conllevaría desbordar los límites de su competencia, señalados por la jurisprudencia de esta corporación.

Referencia: expediente T-1620083

Acción de tutela instaurada por la señora Mabel Valencia Calero, contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Procedencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, por medio del cual fue confirmado el proferido por la Sección Primera de esa corporación, dentro de la acción de tutela instaurada por Mabel Valencia Calero contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

El expediente arribó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por la referida Sección Segunda, en virtud de lo ordenado por el inciso final del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Sexta de Selección de Tutelas de esta corporación eligió el 7 de

junio de 2007, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

Mediante apoderado, la señora Mabel Valencia Calero promovió acción de tutela en octubre 6 de 2006, contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, reclamando la protección de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso, a la igualdad y la aplicación del bloque de constitucionalidad, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. El apoderado de la señora Mabel Valencia Calero indica que su poderdante fue nombrada Gerente de Calisalud EPS, “establecimiento público del orden municipal”, mediante Decreto Municipal N° 0539 de noviembre 12 de 2003, tomando posesión del cargo el día siguiente.

2. Se afirma que la actora, luego de obtener un resultado “positivo” en una prueba de embarazo, “en forma inmediata, el mismo día (30 de diciembre de 2003) a las 9:00 a.m.”, informó al Jefe de la División Administrativa sobre su estado de gravidez.

3. Aduce que en diciembre 31 de 2003, “ad portas” de la toma de posesión del nuevo Alcalde que se efectuaría en enero 1° de 2004, “el mismo Jefe de la División Administrativa” envió copia de la comunicación y del examen médico practicado a la accionante al despacho del burgomaestre y a la Oficina de Desarrollo Administrativo, “tal como aparece radicado en la copia del oficio que apporto como prueba anexa a este escrito”.

4. Refiere además que “no obstante lo anterior, el señor Alcalde entrante”, procedió a nombrar un reemplazo de la señora Valencia Calero, configurándose una “insubsistencia tácita, desconociendo los derechos y amparos fundamentales de que gozaba mi representada en virtud de su estado de embarazo”.

5. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, incoada contra el decreto que declaró insubsistente tácitamente a la señora Valencia Calero, fue resuelta mediante sentencia N° 151 de septiembre 13 de 2005 proferida por el

Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, negando las pretensiones de la demanda; contra dicho fallo fue interpuesto recurso de apelación en septiembre 7 de 2006, el cual fue rechazado por improcedente.

6. Así, considera que el Tribunal ha conculcado el derecho al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gravidez, discriminándola al ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción y argumentar que por el tipo de vinculación, “en acto de básica lógica política debió presentar renuncia con anterioridad a la instalación del nuevo Alcalde Municipal en orden de facilitar su gestión”.

7. Aduce que con esa decisión el Tribunal desconoció, además de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como la sentencia C-470 de 1997, donde esta corporación integró los contenidos constitucionales al ordenamiento legal en lo referente a las mujeres gestantes, “dejando sin efectos el despido de una trabajadora en embarazo o en los tres (3) meses posteriores, sin hacer ninguna clase de distinción sobre la naturaleza de su empleo, valga decir si se trata de una empleada particular, trabajadora oficial, empleada pública de libre nombramiento y remoción, provisional o de carrera, pues en sabia decisión extiende los alcances de dicha sentencia sobre las normas de las servidoras públicas”.

8. Plantea que el fallo del Tribunal “amparó la conducta desplegada por el burgomaestre Alcalde de Cali - como lo identifica -, al acolitarle la declaración de insubsistencia de la sra. Mabel Valencia Calero por el hecho de tratarse de un nuevo período de alcaldía”, desconociendo que con la documentación relacionada (fs. 16 cd. inicial) se dio a conocer el estado de gravidez “en el momento idóneo y ante la autoridad competente”, esto es, dos días antes de ser declarada insubsistente, al Jefe de la División Administrativa, al Presidente de la Junta Directiva de Calisalud y a la dependencia de Recursos Humanos de la Alcaldía de Cali.

10. Igualmente, reprocha que en la sentencia del Tribunal Administrativo se haya desconocido una decisión anterior de esa corporación, “en la cual fallaron los mismos tres (3) Magistrados del presente caso, un caso igual ocurrido en el Departamento del Valle”,

donde se ampararon “integralmente los derechos de la accionante, la cual fue ratificada por el Consejo de Estado en sentencia de abril 7 de 2005”.

11. Luego de referir múltiple jurisprudencia de la Corte Constitucional, sostiene que en la sentencia censurada mediante esta acción de tutela se incurrió en una “vía de hecho”, por desconocimiento del debido proceso y la igualdad, al no aducir argumentos objetivos y razonables para dar a la señora Mabel Valencia Calero un trato distinto, “en relación con la normatividad vigente y con los fallos jurisprudenciales emitidos por las Altas Cortes que se basan en situaciones fácticas similares”. Así, estima que lo anterior hace procedente la tutela ante la ausencia de otro recurso, toda vez que la accionante agotó todos los medios judiciales que consagra el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos.

B. Pretensión.

A partir de estos hechos, se solicita el amparo de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, la igualdad y “la aplicación del bloque de constitucionalidad” y, en consecuencia, que se revoque el fallo de septiembre 13 de 2005, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

C. Documentos relevantes allegados por la accionante.

1. Poder otorgado por la señora Mabel Valencia Calero (fs. 14 y 15 cd. inicial).
2. “Prueba de embarazo en sangre” con resultado “positivo”, practicada a la accionante en diciembre 30 de 2003, por un médico patólogo del Laboratorio Clínico de Citología y Patología (está sin numerar entre los fs. 15 y 16 ib.).
3. “Reporte Novedad” de la señora Mabel Valencia Calero, de diciembre 30 de 2003, dirigido al Jefe de la División Administrativa de Recursos Humanos de Calisalud EPS, informando de su estado de gravidez (f. 16 ib.).
4. Sentencia N° 151 de septiembre 13 de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, donde se niegan las pretensiones elevadas dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (fs. 18 a 25 ib).

5. Alegatos de conclusión del apoderado de la accionante, radicados ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en julio 5 de 2005 (fs. 26 a 28 ib).
6. Contestación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada mediante apoderado por el Director Jurídico de la Alcaldía de Cali, en representación del Alcalde Municipal (fs. 29 a 43 ib.).
7. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el apoderado de la señora Mabel Valencia Calero contra el municipio de Cali (fs. 47 a 56 ib).
8. Decreto 0001 de enero 1° de 2004 del Alcalde de Cali Apolinar Salcedo Caicedo, “por medio del cual se efectúan unos nombramientos”, entre otros el del Gerente de Calisalud (fs. 57 y 58 ib.).
9. Decreto 0539 de noviembre 12 de 2003 del entonces Alcalde de Cali John Maro Rodríguez Flórez, por medio del cual fue nombrada la señora Mabel Valencia Calero como Gerente de Calisalud EPS (f. 61 ib).
10. Acta de posesión N° 1760 de noviembre 13 de 2003, de la señora Mabel Valencia Calero como Gerente de la Empresa Calisalud EPS (f. 62 ib.).
11. Acta de posesión de enero 1° de 2004, de la señora Ana Lida Bustamante Fernández como Gerente de la Empresa Calisalud EPS (f. 63 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto de noviembre 3 de 2006 (f. 67 ib.), admitió esta acción de tutela, reconoció personería al apoderado de la demandante y dispuso notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y al Alcalde de Cali, para que se pronunciaran sobre el objeto de la misma, sin obtener respuesta.

A. Fallo de primera instancia.

La referida Sección del Consejo de Estado, mediante sentencia de enero 25 de 2007, denegó el amparo solicitado con fundamento en la sentencia C-543 de 1992 que, con

fuerza de cosa juzgada constitucional, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, tornando improcedente la acción de tutela contra sentencias de mérito en firme, salvo “cuando se lesiona el derecho de acceder a la Administración de Justicia”.

El a quo planteó además que al concluir el proceso con una providencia ejecutoriada se evidencia que el afectado contó con un medio judicial para la defensa de su derecho, al tiempo que la intromisión del juez de tutela quebrantaría el debido proceso, la autonomía, la independencia y la desconcentración de la Administración de Justicia.

B. Impugnación.

El apoderado de la interesada impugnó el referido fallo, insistiendo en pedir su revocatoria por la “configuración de una vía de hecho” que, en consecuencia, debe conllevar la tutela de los derechos quebrantados. Argumentó que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no valoró los documentos mediante los cuales la señora Valencia Calero comunicó su estado de gravidez, al tiempo que desconoció “su condición de gestación y por tanto de fuero”, al afirmar que tratándose de un cargo de libre nombramiento y remoción debía presentar carta de renuncia.

Igualmente, aseveró que al haberse negado el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda contenciosa, con fundamento en la Ley 954 de 2005 “que surgió con posterioridad al momento en que sucedieron los hechos y que se trabó la relación jurídico-procesal”, se afecta el principio de seguridad jurídica y los derechos fundamentales de la actora.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en fallo de marzo 15 de 2007 confirmó la sentencia objeto de impugnación, refrendando que esta acción constitucional no procede contra providencias judiciales, pues por “seguridad jurídica y por respeto al debido proceso no se puede permitir la interinidad de las decisiones judiciales ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones”.

D. Solicitud de la accionante dirigida a la Sala de Selección.

Mediante escrito de julio 4 de 2007 (fs. 12 a 20 cd. Corte), el apoderado de la señora Mabel Valencia Calero solicitó tener como pruebas las copias que allegó con el mismo¹, tomadas y autenticadas por la Secretaría del Tribunal del Valle del Cauca del expediente que allí cursó, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Alcaldía Municipal de Cali.

Realza que en el cuaderno de pruebas² aparece demostrado que las copias del escrito mediante el cual su poderdante puso en conocimiento su estado de gravidez y la prueba médica anexa, fueron recibidas en el despacho de la Alcaldía de Cali en diciembre 31 de 2003, por lo que el burgomaestre tenía conocimiento del embarazo y “aún así la desvinculó de su cargo”.

E. Pruebas ordenadas en sede de revisión.

Mediante auto (fs. 75 y 76 cd. Corte) de esta corporación, se ordenó oficiar a la Alcaldía de Cali para que informara sobre el trámite interno que recibe la correspondencia dirigida al despacho del burgomaestre, particularmente la remitida por el Jefe de la División Administrativa de Recursos Humanos de Calisalud EPS, invocada por el apoderado de la demandante, pero no se obtuvo respuesta.

Aunado a lo anterior, se dispuso oficiar al representante legal de Cruz Blanca EPS en el Valle del Cauca, para determinar si la accionante se encuentra o estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, durante qué períodos, al igual que la historia clínica que de ella reposare en esa entidad.

Mediante escrito recibido en noviembre 23 de 2007, la apoderada judicial de Cruz Blanca EPS remitió certificación donde se registra que la señora Mabel Valencia Calero figura como “cotizante dependiente”, desde diciembre 14 de 2004, señalando además que en su sistema no cuentan con “historia clínica registrada de algún ingreso tanto de IPS de primer nivel como en las clínicas adscritas de la ciudad de Cali” (fs. 155 y 156 ib.).

También se ordenó oficiar al Gerente de Calisalud EPS, para que remitiera las novedades en salud de la señora Mabel Valencia Calero, que consten en esas oficinas, en cuyo cumplimiento el Jefe del Área Jurídica de Calisalud EPS, en octubre 9 de 2007, allegó

copia de la hoja de vida de la demandante, “donde se especifican las novedades en materia de salud y todo lo concerniente con su contratación laboral” (fs. 91 a 144 ib.).

Igualmente, mediante comisión dirigida al Presidente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, se pidió acopiar declaración de la señora Valencia Calero sobre los principales hechos de la presente acción de tutela, la cual fue atendida en octubre 22 de 2007 (fs. 357 a 360 cd. despacho comisorio).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar, en Sala de Revisión, el asunto que ha llegado a su conocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos invocados por el apoderado de la señora Mabel Valencia Calero, fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al proferir una sentencia denegando las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, elevadas contra un acto administrativo que tácitamente conllevó la insubsistencia del nombramiento en el cargo que desempeñaba en Calisalud EPS, a pesar de encontrarse en embarazo.

Tercera. Procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales.

Reiteración de jurisprudencia.

Como es bien sabido, mediante sentencia C-543 de octubre 1º de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que regulaban la procedencia de acciones de tutela contra decisiones judiciales; se estimó en el caso del citado artículo 40 que tal procedencia no se daba ante providencias que pongan fin a un proceso. De esta sentencia se desprende claramente que, por regla general, no procede tutela contra decisiones judiciales, salvo si se trata de una ostensible y grave “actuación de hecho”, perpetrada por el propio funcionario judicial.

Sin embargo, a partir de algunas manifestaciones que la propia Corte incluyó dentro de esa providencia, entre ellas que los jueces de la República tienen el carácter de autoridades públicas, y pueden incurrir en “actuaciones” de hecho, fue dándose origen a la doctrina de la vía de hecho, a partir de la cual, de forma muy excepcional, se permite el uso de la acción de tutela para cuestionar aquellas “decisiones” que por contrariar de manera grave, flagrante y grosera el ordenamiento constitucional, no puedan en realidad reputarse como verdaderos pronunciamientos judiciales.

Sobre este tema expresó la Corte en la sentencia T-173 de mayo 4 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, uno de los primeros fallos de revisión en acciones de tutela en los que se planteó esta doctrina (está en negrilla en el texto original):

“Las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte -pese a su forma- en verdaderas vías de hecho, no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. La doctrina de la Corte ha efectuado un análisis material y ha establecido una diáfana distinción entre las providencias judiciales -que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico- y las vías de hecho por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.”

Así, siendo claro e indiscutible que también los administradores de justicia deben respeto a la Constitución y a las leyes, más aún en el ejercicio de sus competencias, ello implica que las decisiones judiciales han de ser adoptadas en estricta juridicidad, en la cual la primacía de los derechos fundamentales ocupa un lugar significativo. En ese sentido, el proceso regular constituye el espacio idóneo para lograr la eventual corrección de las actuaciones que constituyan afectaciones a esas garantías que resulten comprometidas.

En la jurisprudencia de esta corporación se ha venido desarrollando así, desde 1993 hasta sus más recientes pronunciamientos, la noción de la vía de hecho³, al igual que, especialmente en los últimos años, la concepción de algunos de los requisitos generales de procedencia y, sobre todo, las causales especiales de procedibilidad. Con todo, es preciso tener en cuenta que la acción de tutela se halla reservada para aquellos eventos en los cuales se presente una verdadera infracción de un derecho fundamental, lo cual suele provenir de actuaciones arbitrarias, ostensiblemente opuestas al ordenamiento jurídico, al punto de requerirse la intervención del juez de tutela como única vía para su restablecimiento; de otra forma, el instrumento de amparo consignado en el artículo 86 superior habría de convertirse en un mecanismo común de remoción o alteración de decisiones judiciales, interpretación que resulta por completo ajena a la especial naturaleza con la cual ha sido dotada la acción de tutela.

En esta misma línea, la Corte ha realzado que la circunstancia de que el juez de tutela pueda, por rigurosa excepción, revisar una decisión judicial tildada de arbitraria, no lo convierte en juez de instancia, ni puede llevarle a sustituir a quien lo es. En efecto, el amparo constitucional constituye una confrontación de la actuación judicial con el texto superior, para la estricta verificación del cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales, que no puede conducir a que se imponga una interpretación de la ley o una particular forma de apreciación probatoria, que se considere más acertada a la razonadamente expuesta en el proceso y en la sentencia respectiva⁴.

De otra parte, la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, circunscrita al estudio y declaración de inexecutable de un segmento normativo de la Ley 906 de 2004, artículo 185, que conducía a la proscripción de la acción de tutela contra las sentencias de casación penal, contiene también importantes reflexiones, muy pertinentes al propósito de acotar el ámbito estrictamente excepcional dentro del cual es constitucionalmente admisible la tutela contra decisiones judiciales. Sobre el tema expuso en esa ocasión esta corporación, además de reafirmar categóricamente que “no puede el juez de tutela convertirse en el máximo intérprete del derecho legislado ni suplantar al juez natural en su función esencial como juez de instancia” (no se encuentra en negrilla en el texto original):

“Desde luego, una comprensión de la Constitución como sistema normativo plantea la

necesidad de armonizar la procedencia de la acción de tutela contra ese tipo de pronunciamientos con principios constitucionales como el de seguridad jurídica, con la distribución superior de competencias y con otros principios específicos de la jurisdicción, también de índole constitucional, como los de autonomía e independencia.

De ese modo, si se equilibran, por una parte, la índole constitucional de la acción de tutela como mecanismo diseñado por el propio constituyente para la protección de los derechos fundamentales, con, por otra parte, los demás principios constitucionales y con los fundamentos superiores de la administración de justicia, la conclusión a la que se arriba es que la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones tomadas por la jurisdicción debe ser excepcional, es decir, debe limitarse a aquellos casos que efectivamente configuren una lesión o una puesta en peligro de derechos fundamentales. Sobre este punto, ese es el alcance de la Carta Política de 1991 y de esa manera ha sido interpretada por esta Corporación.”

“Ahora, la intervención del juez constitucional en los distintos procesos es únicamente para efectos de proteger los derechos fundamentales afectados. Al respecto en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la función del juez constitucional no es la de reemplazar al juez de la causa ni la de crear incertidumbre a la hora de definir el sentido del derecho. Muy por el contrario, el juez constitucional debe tener particular cuidado a la hora de evaluar si una determinada decisión judicial vulnera los derechos fundamentales de una de las partes.

En ese sentido, los fundamentos de una decisión de tutela contra una sentencia judicial deben aclarar con transparencia la relevancia iusfundamental del punto que se discute y el juez debe contraerse a estudiar esta cuestión y ninguna otra. No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho.

... ..

... la acción de tutela no puede ser un mecanismo que sirva para que el juez constitucional pueda desplazar al juez ordinario en la decisión de la respectiva causa.”

Recapitulando, merece también especial atención el planteamiento de la Corte Constitucional en cuanto a la labor específica del juez de tutela, en punto a que no puede desconocer “los conceptos y principios de autonomía, independencia de los jueces, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica y vigencia del Estado social de derecho”⁵. Es entonces desde las rigurosas perspectivas expuestas en precedencia, que el juez constitucional debe avocar el análisis cuando se plantee por parte de quienes acudieron a un proceso judicial ordinario, la presunta vulneración de sus garantías fundamentales como resultado de providencias entonces proferidas.

Cuarta. Algunas precisiones sobre la valoración probatoria en asuntos contencioso administrativos.

4.1. Desde el preámbulo y en los artículos 2º, 29, 228, 229 y 250 de la Carta, se reclama asegurar a los integrantes de la Nación, entre otras garantías, la justicia, y se indica como una de las finalidades esenciales del Estado precaver no sólo la efectividad de los principios, derechos y deberes, sino la vigencia de un orden justo, dentro del cual se encuentra el acceso a la administración de justicia⁶, que debe ser debida, oportuna y acertadamente impartida.

En desarrollo de esos principios y finalidades, en el artículo 29 superior se ha consagrado que el debido proceso debe aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, garantía dentro de la cual se encuentra, no sólo en el ámbito del *ius puniendi*, como materialización de los derechos de defensa y contradicción, la potestad de toda persona de presentar pruebas y controvertir aquéllas que se alleguen en su contra.

Tal facultad o potestad de la persona interesada dentro de un proceso judicial o una actuación administrativa, además de permitirle presentar las pruebas que considere necesarias para demostrar los supuestos fácticos de las normas que desea sean

aplicadas o no a una situación en particular, también envuelve la garantía de que el funcionario judicial o administrativo, según el caso, les brinde el valor probatorio correspondiente, pues como se indica en los instrumentos internacionales previamente señalados, dentro de las denominadas garantías judiciales se cuenta con el derecho a ser oído por el juez o tribunal competente, en igualdad y total imparcialidad.

4.2. Por orientación del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos que se tramiten ante esa jurisdicción, en materia probatoria se aplicarán en aquellos aspectos que resulten compatibles las disposiciones del procedimiento civil relacionadas con la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlos y los criterios de valoración. Esa remisión conlleva que en materia contencioso administrativa se puedan aplicar, siempre que no resulte contrario a la Constitución y a los preceptos del Código Contencioso Administrativo, normas como las contenidas en el estatuto procesal civil en las cuales se regulen los temas referidos con antelación.

Resultan así aplicables en materia de necesidad de la prueba, entre otros, el artículo 174 CPC, según el cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pudiéndose rechazar in limine, sólo las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas (art. 178).

Tratándose de la valoración de las pruebas (art.187 ib.) se estipula que aquéllas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades contenidas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, imponiéndosele además al juez la obligación de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Entonces, por remisión expresa de la norma procesal, también en los procedimientos ante la jurisdicción contencioso administrativa al juez le corresponde apreciar las pruebas en conjunto bajo los postulados de la sana crítica, esto es, el prudente juicio al momento de la valoración probatoria con fundamento en la lógica, la ciencia y la experiencia, que se materializa en el fallo, garantizándole a las partes la utilización y análisis de los instrumentos o medios conducentes para la protección de sus intereses.

4.3. En cuanto a posibles manifestaciones de “vía de hecho”, en casos específicos,

puede recordarse que en materia probatoria la Corte ha puntualizado que acaece un quebranto de tal magnitud, cuando el juez de manera arbitraria, omite apreciar aquellas pruebas que ostensiblemente inciden de manera determinante contra la decisión adoptada⁷.

Esa clase de desatinos, además de tener tal incidencia directa en la decisión, deben ser patentes, flagrantes y manifiestos, toda vez que el juez constitucional no puede convertirse en una instancia para revisar las decisiones de los funcionarios judiciales⁸.

De esta forma, cuando al efectuar la valoración en conjunto de los elementos probatorios el operador judicial omite considerar alguno que sea determinante para la decisión objeto del litigio, siempre que haya sido allegado legal y oportunamente al proceso y no se motive razonablemente el origen de la exclusión, se afectan las garantías de acopio probatorio, contradicción y defensa, al igual que, por ende, el derecho a ser oído del sujeto procesal a cuyo favor opere concluyentemente la prueba y el debido proceso.

La falta de apreciación puede quebrantar además el acceso a la administración de justicia (art. 229 Const.), y eventualmente el derecho a la igualdad entre las partes, habida cuenta que imposibilita dirimir adecuadamente el conflicto, toda vez que coloca en desventaja a uno de los contradictores.

Quinta. Análisis del caso concreto.

5.1. Corresponde a la Sala de Revisión determinar si fue conculcado el debido proceso y el acceso a la administración de justicia de la señora Mabel Valencia Calero con la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual fueron negadas sus pretensiones dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada contra el acto administrativo que, de forma tácita, declaró insubsistente su nombramiento.

5.2. Tal como se advirtió, por regla general no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales, salvo en aquellos eventos en los cuales el funcionario judicial contravino de manera flagrante el ordenamiento constitucional, incurriendo en indiscutible arbitrariedad.

5.3. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia N° 151 de septiembre 13 de 2005, que fuera notificada por edicto de septiembre 1° de 2006 (f. 89 cd. 1° anexos)⁹, al resolver la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida a obtener la anulación del Decreto 001 de enero de 2004 del Alcalde de Cali, por medio del cual efectuó un nombramiento que conllevó la insubsistencia tácita de la designación de la señora Valencia Calero como Gerente de Calisalud EPS, consideró que para la procedencia de la estabilidad laboral de una mujer embarazada se debe dar aplicación a la sentencia T-373 de 1998.

Igualmente, en la sentencia objeto de la presente acción el Tribunal puntualizó que “además de los cuatro elementos que deben tenerse en cuenta”, la Corte Constitucional “llama la atención sobre la dinámica de desarrollo administrativo y político del Estado Colombiano la cual debe tenerse en cuenta para colocar en ese contexto la situación particular de la actora”.

Bajo esos presupuestos, expuso que la señora Mabel Valencia Calero “ante el altísimo grado de confianza de su designación pues su cargo hacía parte de los primeros nombramientos del alcalde en su equipo de gobierno, en acto de básica lógica política ha debido presentar renuncia con anterioridad a la instalación del nuevo Alcalde Municipal en orden a facilitar su gestión, expresión de una voluntad colectiva consignada en la elección”.

Aunado a lo anterior, señaló que antepuso su interés particular al colectivo, “así sea en su situación de estado de embarazo” y que debió oficializar esa condición en la “dependencia pertinente del Municipio de Santiago de Cali - División de Recursos Humanos o ente similar que tenga por función recaudar esa clase de certificados de los funcionarios, pero así no lo hizo sino que se dirigió a una oficina de segundo rango, no ubicada en la estructura central del Municipio y además no le era dable conocer esa situación al Burgomaestre instalado en sus primeros minutos de ejercicio”.

Finalmente, tras advertir que el acto administrativo atacado cuenta con una intangible presunción de legalidad, afirmó que “no quedó demostrado en el plenario que el retiro amenazara el mínimo vital de la actora”.

5.4. Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado, corporación erigida por la Constitución como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237, num. 1°), reconoce la especial protección laboral de la mujer embarazada¹⁰, fundamentada en la Carta Política y desarrollada copiosamente en pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En sentencia de febrero 20 de 2003 de la Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (rad. 9386, C. P. Tarsicio Cáceres Toro), luego de referir el desarrollo histórico legal y jurisprudencial de esa corporación y de la Corte Constitucional, acerca de la especial protección laboral de la mujer embarazada o en período de lactancia, se puntualizó que en aquellos eventos en que la desvinculación por insubsistencia no se produce en aras del servicio público, se configura una “clara y evidente desviación de poder y por ende, genera la nulidad del acto impugnado, particularmente en cuanto la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo, dado su estado de gravidez”.

Dentro del proceso contencioso incoado por la señora Valencia Calero debió demostrarse, además de la afectación del derecho que pretendía fuera restablecido, el conocimiento previo o concomitante del Alcalde acerca de su estado de embarazo y la expedición del acto administrativo que sin motivación conllevó a su retiro del cargo de Gerente de Calisalud EPS.

Frente a la oportunidad para informar a la administración acerca del estado de embarazo, en el mismo pronunciamiento de febrero 20 de 2003 del Consejo de Estado referido con antelación se indicó, reiterando lo expuesto en la sentencia de la Sección Segunda de mayo 21 de 1998, expediente 17252, C. P. Javier Díaz Bueno (en negrilla y resaltado en el texto original):

“Esta Corporación en varias oportunidades ha sostenido que para exigir de la entidad nominadora el cumplimiento de las normas de protección a la maternidad es necesario que existan pruebas acerca de que el hecho fue informado previamente o por lo menos de manera simultánea.

Tal información debe ser oportuna e ir además acompañada de la prueba idónea que así lo acredite, pues la presunción no puede operar si no existe el presupuesto de hecho de la debida notificación del estado de embarazo o su interrupción a la entidad nominadora. O por lo menos, pruebas fehacientes de que el nominador sí tenía conocimiento del hecho.”

5.5. Durante la actuación surtida en el proceso contencioso, en los anexos que se allegaron con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho figura una copia del oficio de diciembre 30 de 2003, por medio del cual la señora Mabel Valencia Calero puso en conocimiento del Jefe de la División Administrativa de Recursos Humanos de Calisalud EPS su estado de embarazo, acompañado de la copia de la prueba de laboratorio en la que se acredita el mismo.

Así, se colige que de forma legal y oportuna, esto es, con la presentación de la demanda contenciosa, la señora Valencia Calero allegó una prueba relevante para las pretensiones perseguidas, siendo apreciada y motivadamente valorada por el Tribunal accionado, aunque no con los alcances por ella deseados, pues en la sentencia que resolviera la acción contenciosa se concluyó que la demandante “tenía que poner oficialmente en conocimiento su estado de embarazo en la dependencia pertinente del Municipio de Santiago de Cali - División de Recursos Humanos o ente similar que tenga por función recaudar esa clase de certificados de los funcionarios, pero así no lo hizo sino que se dirigió a una oficina de segundo rango, no ubicada en la estructura central del Municipio y además no le era dable conocer esa situación al Burgomaestre instalado en sus primeros minutos de ejercicio”.

De ese modo, para los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no existió información al alcance de la oficina debida, que permitiera oportuno conocimiento sobre el embarazo. Esto es, no quedaron establecidos los supuestos referidos en la citada sentencia del Consejo de Estado (rad. 9386), para acceder a las pretensiones de anular el acto administrativo demandado y procurar el restablecimiento del derecho.

La Corte Constitucional encuentra ahora que en la providencia atacada el fallador competente sí expresó las razones para adoptar la decisión con la cual culminó el

proceso, tal como lo impone el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la sentencia debe ser motivada, analizado los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, con el objeto de resolver todas las peticiones, concluyendo sin connotaciones de vía de hecho que el Decreto que declaró insubsistente de forma tácita a la señora Mabel Valencia Calero mantiene incólume su legalidad.

Resulta pertinente realzar que en los hechos de la demanda contenciosa (f. 12 cd. 1 de copias) se aprecia que el estado de gravidez de la interesada sí fue puesto en conocimiento del Jefe de la División Administrativa de Calisalud EPS11, mas no del Alcalde municipal, ni el saliente ni quien en ese instante asumió el cargo y proveyó los distintos empleos de su esfera de acción.

Igualmente, en los alegatos de conclusión que presentara la parte demandante se reiteró que el embarazo de la señora Valencia Calero fue informado a la referida división de la EPS (f. 66 ib.). Empero, en los argumentos defensivos esgrimidos en la misma oportunidad procesal por la parte demandada, entre otros aspectos, se insistió que esa situación hacía “prácticamente imposible” que el Alcalde tuviere conocimiento de la gestación en ciernes.

Así, durante la actuación procesal originada con la acción de nulidad incoada, la parte interesada fundamentó sus pretensiones en la comunicación remitida al Jefe de la División Administrativa de Calisalud EPS, argumento que fue debatido por la contraparte y así considerado y valorado por el Tribunal, concluyendo que al burgomaestre “no le era dable conocer esa situación”.

No puede entonces el Juez de tutela, como pretende la accionante¹², valorar situaciones ajenas a las expuestas dentro del proceso adelantado por el Juez contencioso, pues ello conllevaría desbordar los límites de su competencia, señalados por la jurisprudencia de esta corporación.

Al respecto, en la referida providencia se indicó (no está en negrilla en el texto original):

“En efecto, es preciso tener en cuenta que esta Corte ha afianzado la autonomía e independencia de las autoridades judiciales restringiendo el amparo, particularmente en

materia de interpretación y valoración probatoria, eso último dada la libertad de apreciación racional de los medios de persuasión debidamente aportados al proceso prevista en el ordenamiento, lo que equivale a decir que en principio todos los elementos de conocimiento utilizados pueden resultar válidos para fundamentar una decisión judicial, siempre que se respeten las regulaciones sobre las modalidades de formación y control de las pruebas, orientadas a garantizar el debido proceso y enmarcadas sobre la base de la igualdad real de los sujetos procesales y la imparcialidad del juzgador.”

De esta forma, no existen las “vías de hecho” sugeridas por la actora, pues se trata de la interpretación razonada de normas jurídicas y de la libre apreciación probatoria debidamente sustentada por el juez contencioso, a través de lo cual desarrolla su función judicial.

Entonces, con la actuación del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no se afectó el debido proceso, como quiera que se respetaron las formas procesales y el derecho a presentar pruebas (siendo igualmente valoradas), ejercido por la señora Valencia Calero, a través de su apoderado, quien pudo desplegar el mecanismo idóneo para la defensa de sus intereses; simplemente la valoración dada a los mismos no fue la deseada por la interesada, sin que ello comporte una arbitrariedad en la apreciación judicial.

Al fundamentarse lo decidido en su momento, sin hallar irregularidad que invalidara la actuación, no se manifiesta situación alguna que pudiese constituir vía de hecho y remotamente conllevar la remoción de la determinación adoptada por el Tribunal accionado, cuando resolvió de fondo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y al no fructificar la acción de tutela contra la providencia judicial censurada, se confirmará el fallo proferido por la Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de marzo 15 de 2007, mediante el cual fue confirmado el adoptado por la Sección Primera de esa misma Sala, en enero 27 del mismo año.

IV.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos que se había dispuesto en la presente acción.

Segundo.- CONFIRMAR el fallo de marzo 15 de 2007, proferido por la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio del cual fue confirmado el de enero 27 del mismo año, de la Sección Primera de esa misma Sala, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Mabel Valencia Calero contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Aclaración de voto.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-460 DE 2009

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial durante el embarazo y en el periodo posterior al parto (Salvamento de voto)

Es claro que la actora informó su estado de gravidez a uno de los funcionarios de la administración. Frente a este hecho no existe a lo largo de la providencia, un solo razonamiento suficiente que explique por qué se le califica de “segundo rango” al “Jefe de la División Administrativa de Recursos Humanos” de la EPS y por qué la información presentada ante él, no permitía el conocimiento oportuno sobre el embarazo, más aun si se tiene en cuenta que el Director Jurídico de la Alcaldía en la contestación de la demanda corroboró que la actora había informado su estado a dicho funcionario. Considero que es absolutamente desproporcionado y contrario a la abundante jurisprudencia de esta Corte y a los Convenios de la OIT mencionados, imponer más cargas o requisitos como condición sustantiva para que una mujer pueda acceder a su protección en su condición de embarazada. Un fundamento como el contenido en esta sentencia implica condicionar el valor constitucional a una formalidad desorbitada, pues ahora sólo se podría hacer efectiva la protección, siempre que la mujer garantice que la información sobre su estado sea conocida directamente por el empleador.

EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EMBARAZADA/ ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA (Salvamento de voto)

Finalmente, considero que aunque el cargo en el que la actora estaba nombrada era de libre nombramiento y remoción, lo que implica una estabilidad laboral más frágil, ello no obsta para que, por ejemplo: (a) se le garantice a ella y su bebé, durante un lapso temporal determinado, el acceso a los servicios de salud y a la licencia de maternidad respectiva a través de las cotizaciones a que haya lugar; y (b) se impongan criterios especiales que anteceden y condicionan el acto del despido.

Referencia: expediente T-1620083

Acción de tutela instaurada por la señora Mabel Valencia Calero contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta Corporación, me permito disentir de la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión dentro del expediente de la referencia. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

La negativa de la protección de derechos fundamentales radica básicamente en que no existe ninguna irregularidad que constituya una vía de hecho a partir de la cual se consolide una censura en contra de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1. En contraste con lo anterior, advierto que las condiciones y requisitos para que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, conforme a la sentencia C-543 de 1992 y las demás jurisprudencias que se han dictado sobre el particular, aunque conllevan la excepcionalidad de la figura, no pueden llegar al punto de desconocer el núcleo esencial de las prerrogativas establecidas en la Carta para los ciudadanos y, en especial, para los niños y aquel que está por nacer.

Aunque gran parte de las pautas que sustentan la administración de justicia se consolidan en las diferentes normas que rigen en nuestro Estado de Derecho, los parámetros de justicia material que hacen parte del Estado Social, imponen que en cada caso concreto se verifique el cumplimiento de los patrones mínimos consignados en la Carta en la forma de derechos fundamentales. A través de los años, la jurisprudencia de la Corte ha confirmado que la “estricta juridicidad” de los fallos no se consolida con el apego exacto a la ley sino que, al contrario, muchas veces la observancia de la misma puede llevar a resultados que desconocen trascendentalmente cualquiera de los valores constitucionales.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo, en múltiples oportunidades se ha

comprobado la existencia de un déficit de protección normativo, que se hace más evidente respecto del ser que está por nacer, y que hace parte de un conjunto de prácticas cotidianas de nuestra sociedad, en la que la exclusión laboral, educativa, económica, por sólo nombrar algunos ámbitos, son prueba fehaciente de la existencia de una discriminación sistemática sobre ese grupo poblacional, que la Constitución proferida en 1991 proscribió de manera expresa. ¿Cómo asegurar ante tal evidencia, que la protección establecida para las mujeres embarazadas se encuentra satisfecha en el ámbito legal?

2. Además, debo anotar que, tal y como se consigna en el proyecto, específicamente en el numeral 11 del acápite “hechos y narración efectuada en la demanda”, la tutela presentada por la señora Valencia Calero no se limita a la enunciación de un defecto fáctico -por indebida valoración probatoria- sino que sus censuras tienen un evidente trasfondo sustantivo en el que se reprocha la supuesta existencia de razonamientos discriminatorios por parte del Tribunal demandado, el desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales, el bloque de constitucionalidad (Convenios Internacionales del Trabajo nums. 103 y 183, protección de la maternidad y recomendación num. 95 que lo acompaña) y la vulneración misma de la Constitución Política, en especial, la protección de la mujer embarazada.

Sin duda alguna, la valoración de la imposición de los diferentes requisitos o de las formalidades que debe atender una mujer para informar de su embarazo al empleador y para poder acceder a la protección constitucional, comporta una evaluación sustantiva, muy cercana al núcleo esencial del derecho fundamental y no simplemente implica un análisis de orden fáctico.

Lo expuesto implicaba que más allá de establecer “algunas precisiones sobre la valoración probatoria en asuntos contencioso administrativos” e inferir que la prueba allegada había sido apreciada y valorada motivadamente, esta Corporación debía establecer si el requisito establecido en la sentencia censurada es compatible con la Constitución Política y con los patrones mínimos de protección laboral de la mujer embarazada que pueden predicarse de los cargos de libre nombramiento y remoción.

3. Conforme a lo anterior, las razones categóricas que llevan a que me aparte de la

sentencia T-460 de 2009 son las siguientes:

(i) Es claro que la actora informó su estado de gravidez a uno de los funcionarios de la administración. Frente a este hecho no existe a lo largo de la providencia, un solo razonamiento suficiente que explique por qué se le califica de “segundo rango” al “Jefe de la División Administrativa de Recursos Humanos” de la EPS y por qué la información presentada ante él, no permitía el conocimiento oportuno sobre el embarazo, más aun si se tiene en cuenta que el Director Jurídico de la Alcaldía en la contestación de la demanda corroboró que la actora había informado su estado a dicho funcionario (nota a pie número 11 del proyecto).

Considero que es absolutamente desproporcionado y contrario a la abundante jurisprudencia de esta Corte y a los Convenios de la OIT mencionados, imponer más cargas o requisitos como condición sustantiva para que una mujer pueda acceder a su protección en su condición de embarazada. Un fundamento como el contenido en esta sentencia implica condicionar el valor constitucional a una formalidad desorbitada, pues ahora sólo se podría hacer efectiva la protección, siempre que la mujer garantice que la información sobre su estado sea conocida directamente por el empleador.

(ii) Finalmente, considero que aunque el cargo en el que la actora estaba nombrada era de libre nombramiento y remoción, lo que implica una estabilidad laboral más frágil, ello no obsta para que, por ejemplo: (a) se le garantice a ella y su bebé, durante un lapso temporal determinado, el acceso a los servicios de salud y a la licencia de maternidad respectiva a través de las cotizaciones a que haya lugar; y (b) se impongan criterios especiales que anteceden y condicionan el acto del despido. Sobre este último en la sentencia T-494 de 2000 se afirmó lo siguiente:

“(…) para el caso sub iudice, surge una pregunta obvia: ¿el derecho fundamental a una estabilidad reforzada también se predica de trabajadoras que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción?. El interrogante inmediatamente sugiere una premisa previa: la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción suponen una estabilidad precaria¹³ que también goza de sustento constitucional en el artículo 125 de la Carta. Por consiguiente, es indudable que esta situación plantea una tensión constitucional entre dos principios de la función pública, de un lado, el derecho a la

estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, de otro lado, la facultad discrecional del nominador de remover, por razones del servicio, a un empleado público.

Para resolver esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo “se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción”¹⁴. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. De ahí pues que el nominador vulnera el derecho a la estabilidad reforzada cuando:

“a) el despido se ocasiona durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública”¹⁵

6. De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, impone una carga argumentativa estricta del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, como quiera que corresponde a la administración demostrar que la decisión no se produce por causas arbitrarias y ajenas al embarazo. En otras palabras, el nominador que “hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro”¹⁶.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-460 DE 2009

Referencia: expediente T-1620083

Acción de tutela instaurada por Mabel Valencia Calero vs. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

i. Contenido de la sentencia

La acción de tutela de la referencia fue interpuesta el día 6 de octubre de 2006 por la ciudadana Mabel Valencia Calero en contra del Tribunal Administrativo del Valle por la supuesta comisión de ciertos defectos en el trámite de una acción de nulidad y reestablecimiento del derecho iniciada por ella y que fue conocida por ese despacho judicial.

En aquella ocasión la ahora accionante pretendía la declaratoria de nulidad del acto mediante el cual se nombró a otra persona en su reemplazo en el cargo de Gerente de la EPS Calisalud, pues a la fecha de declaratoria de insubsistencia tácita ella se encontraba en estado de embarazo.

La accionante alega que “con esa decisión el Tribunal desconoció, además de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional (...)”. En el aparte de los antecedentes pertinente a la impugnación de la tutela se reseña, además, que la

accionante aduce un defecto fáctico por falta de valoración de unos documentos que daban cuenta de su estado de gravidez.

En el proceso de tutela, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, negó el amparo en primera instancia con base en la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que regulaban el asunto de la tutela contra providencias judiciales. La Sección segunda, subsección B de esta misma Sala confirmó el fallo impugnado en segunda instancia.

La ratio decidendi de la sentencia frente a la cual se suscribe aclaración de voto se centra en que “en la providencia atacada el fallador competente sí expresó las razones para adoptar la decisión con la cual culminó el proceso”, argumento que condujo a la confirmación de las decisiones libradas por las respectivas Salas del Consejo de Estado.

i. Falta de concreción del defecto constitutivo de una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

El artículo 86 de la Constitución Política prescribe que la acción de tutela es procedente contra la actuación de una autoridad pública¹⁷ con la que se perturbe un derecho fundamental. Dicha norma no hace distinción alguna sobre la naturaleza de la autoridad susceptible de tutela, lo que viabiliza su interposición incluso contra la decisión de un juez, autoridad cuyas decisiones podrían ser sometidas a un control de constitucionalidad en eventos en los cuales se vislumbre la amenaza o vulneración de derechos de esta entidad.

Ese mandato fue inicialmente reglamentado por el Decreto 2591 de 1991 que en sus artículos 11, 12 y 40 regulaba el tema de la tutela contra decisiones judiciales. Esas normas fueron objeto de control abstracto de constitucionalidad y una consecuente declaratoria de inexecutable mediante sentencia C-543 de 1992, providencia en la que se decidió que éstas resultaban contrarias a los principios de cosa juzgada, autonomía funcional del juez y seguridad jurídica.

No obstante, en un aparte de esa sentencia se planteó una excepción a la idea de

intangibilidad de las decisiones judiciales, la cual, por su importancia, será presentada en extenso:

“De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. (Subrayas por fuera del texto original)

De acuerdo con este punto, la tutela no procedería contra una decisión judicial propiamente dicha, sino contra la actuación de un operador judicial que envuelva el desconocimiento de derechos fundamentales o la generación de un perjuicio irremediable. De tal forma, se sentó la doctrina de las vías de hecho, que permitiría justificar en adelante la procedencia de la tutela en contra de omisiones o acciones provenientes de jueces con las que se provocara una violación de derechos fundamentales.

Este concepto evolucionó en lo que actualmente se conoce como causales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, circunstancias únicas que permiten la revisión de una actuación judicial en esta sede. Estos criterios fueron perfilados en la sentencia C-590 de 2005 que reunió los parámetros desarrollados en el precedente sobre la materia. Se dijo entonces que los presupuestos o causales generales

implican:

- a. Que se trate de un asunto de evidente relevancia constitucional..
- b. Que se haya agotado todos los medios de defensa judicial, salvo que éstos no resulten efectivos para la garantía de los derechos involucrados o que con la aplicación de los mismos no se logre evitar la consumación de un daño iusfundamental irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez.
- 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 pretenda la interposición de una tutela contra otra tutela.

Por su parte, las denominadas 'causales especiales', que corresponden a los defectos imputables a los funcionarios judiciales, fueron agrupados de la siguiente manera:

- "a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f) Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores

judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado [11].

i) Violación directa de la Constitución.”

En la sentencia de la referencia se presenta una exposición introductoria de algunas consideraciones planteadas en la providencia C-590 de 2005, sin que se toque el tema de las causales generales y especiales para la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, presupuestos necesarios para su estudio.

De manera consecuente, esto se refleja en la imprecisión al momento de plantearse y resolverse el problema jurídico, toda vez que no se observan estos criterios ineludibles para la revisión de una tutela que se interpone en contra de un fallo judicial. De hecho, de acuerdo con lo dispuesto en los antecedentes del proyecto, habría tres defectos a evaluar: 1) defecto por violación directa de la Constitución por inobservancia de los instrumentos internacionales; 2) defecto por desconocimiento del precedente -vertical y horizontal-; y 3) defecto fáctico por omisión de valoración probatoria. Sin embargo, sólo uno de ellos es abordado, aunque de manera somera, porque no se define de forma expresa como tal, sino que se habla de “algunas precisiones sobre la valoración probatoria en asuntos contencioso administrativos”. Tanto las causales generales como las especiales debieron ser estudiadas de forma particular al momento de resolverse el caso concreto.

En esta misma línea, cabe anotar que de manera inadecuada en las páginas 12 y 17 de la providencia en cuestión se vuelve sobre la tesis de la vía de hecho que, como ya se dijo, ha sido revaluada por la jurisprudencia de este Alto Tribunal que, como resultado de

un arraigado proceso evolutivo, ha dado paso a la línea sobre las mencionadas causales. Volver sobre las vías de hecho representa un retroceso en la doctrina de esta Corporación.

Por último, se cuestiona el sentido de la parte resolutive de la sentencia de la referencia en vista de que se opta por confirmar las providencias revisadas, en las cuales se negó el amparo con base en la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 mediante sentencia C-543 de 1993. Como se explicó, la Corte ha precisado de manera consistente en sentido de esta decisión aclarando que la tutela puede prosperar en contra de “actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales” o de decisiones con la virtualidad de ocasionar un perjuicio irremediable. La confirmación de las sentencias de instancia debió hacer con la previsión de que la tutela sí procede contra decisiones judiciales, advertencia omitida en el fallo respecto del cual se suscribe la aclaración.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Cuadernos 1° y 2° de 98 y 52 folios, respectivamente.

2 Cfr. folio 49 del segundo cuaderno de copias

3 La Corte Constitucional ha abordado el tema de la tutela contra providencias judiciales en un gran número de pronunciamientos, pudiendo destacarse entre muchas otras las sentencias T-079 y T-173 de 1993, T-231 de 1994, T-492 y T-518 de 1995, T-008 de 1998, T-260 de 1999, T-1072 de 2000, T-1009 y SU-1184 de 2001, SU-132 y SU-159 de 2002; T-481, C-590 y SU-881 de 2005; T-088, T-196, T-332, T-539, T-590, T-591, T-643, T-780 y T-840 de 2006; T-001, T-147, T-247, T-364, T-502A, T-680, T-794, T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-402, T-417, T-436, T-831, T-871, T-891, T-925, T-945, T-1029 y T-1263 de 2008; T-093, T-095, T-199 y T-249 de 2009.

4 Cfr. sobre este tema, entre muchas otras, las sentencias T-008 de enero 22 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-357 de abril 8 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería y T-952 de noviembre 16 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

5 Sentencia T-518 de noviembre 15 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, citada a su vez en la T-1036 de noviembre 28 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 Según el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de la libertad, la justicia y la paz en el mundo “tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Así, se consagra el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (art. 8).

Igualmente, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre estipula que toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos (art. XVIII). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1.), refiere que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, al tiempo que tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

En la Convención americana sobre derechos humanos (art. 8.1.), dentro de las denominadas garantías judiciales, se reitera que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

7 Cfr. T-442 de octubre 11 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-329 de julio 25 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-477 de septiembre 25 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía, entre otras.

8 T-204 de mayo 13 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

9 Contra esa decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue rechazado por improcedente mediante auto de septiembre 19 de 2006, al considerar que en aplicación de la Ley 954 de abril 27 de 2005, sobre readecuación temporal de las competencias previstas en la Ley 448 de 1998, dada la cuantía del proceso, es de única instancia (fs. cd. 1° anexos).

10 Al respecto pueden consultarse varios pronunciamientos de la Sección Segunda, entre ellos, octubre 8 de 1998 (rad. 16876), C. P. Dolly Pedraza de Arenas; junio 1 de 2006 (rad. 8064-05) y marzo 15 de 2007 (rad. 6469-05), ambos con ponencia de Jaime Moreno García; julio 19 de 2007 (rad. 4079-05) C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado; y octubre 18 de 2007 (rad. 1495-06), C. P. Jaime Moreno García.

11 El Director Jurídico de la Alcaldía de Calí, en la contestación de la demanda dentro de la acción contenciosa, refirió que ese hecho es cierto (f. 40 cd. 1 de copias).

12 No fue ante el Tribunal competente para adelantar la acción contenciosa, sino en declaración rendida por la señora Mabel Valencia Calero ante uno de los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, previa comisión librada por esta Sala de Revisión, que expresó que su embarazo fue informado a la “comisión de empalme”, conformada por la administración del entonces burgomaestre John Maro Rodríguez y colaboradores del Alcalde electo Apolinar Salcedo Caicedo. Así, según la demandante, su estado de gravidez era conocido por la aludida comisión y los dos funcionarios referidos (fs. 357 y 358 cd. despacho comisorio), pero esto no se hizo valer en la acción original.

13 Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-800 de 1998 y C-195 de 1994.

14 Sentencia C-470 de 1997

15 Sentencia T-426 de 1998

16 Sentencia C-373 de 1998

17 “(...) Los términos “autoridades públicas” se reservan para designar aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus

funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto, afectan a los gobernados". Sentencia C-543 de 1992