

Tutela: 2018 00706 00
Accionante: CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ
Accionada: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTROS

INFORME SECRETARIAL: A los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), se informa que fue recibida por reparto la acción de tutela No. 2018-00706 presentada por CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ en contra de ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA DISTRITAL DE CULTURA DE BOGOTÁ Y ORQUESTA FILARMONICA DE BOGOTÁ informando que fue recibida por reparto. Ingresa al Despacho para lo de su conocimiento. Sirvase proveer.


JESSICA LORENA MERCHÁN MAZA
Oficial Mayor

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO 10° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

AUTO

Bogotá D.C., treinta (30) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018)

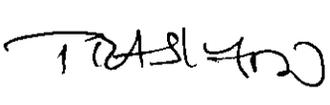
RECONOCER PERSONERÍA ADJETIVA al Doctor RAFAEL HUMBERO GUTIERREZ GOMEZ con cédula de ciudadanía N° 79.309.836 de Bogotá con T.P N° 83.513 del C.S de la J., como apoderado de la Señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ identificada con cédula de ciudadanía N°39.525.975 de Bogotá.

Para el efecto y de acuerdo a las previsiones contenidas en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, se **ADMITE** la acción de tutela presentada por CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ contra ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA DISTRITAL DE CULTURA DE BOGOTÁ Y ORQUESTA FILARMONICA DE BOGOTÁ. El despacho considera pertinente **VINCULAR** a la **EPS SURA**, para que informe el estado de salud de la accionante, y si a la fecha cuenta con incapacidades, **POSITIVA ARL**, con el fin de que rinda informa completo del proceso de calificación efectuado por concepto de accidente laboral realizado a la interesada. Se decreta como prueba en cuanto haya lugar en derecho, las documentales presentadas.

Por la Secretaría oficiese a la accionada para que remita a este despacho judicial, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, todos los antecedentes relacionados con la acción de la referencia, para lo cual se le remitirá copia del escrito de tutela.

Déjese constancia y cúmplase.


ANA MARÍA SALAZAR SOSA
JUEZ

 1

RAFAEL HUMBERTO GUTIERREZ GOMEZ
ABOGADO ESPECIALISTA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Señor
JUEZ LABORAL DE PEQUEÑAS CAUSAS
Bogotá D.C.
E.S.F.

RAFAEL HUMBERTO GUTIERREZ GOMEZ, abogado en ejercicio, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando en calidad de apoderado judicial de la señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ, por medio del presente escrito impetro ACCIÓN DE TUTELA como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irremediable, por el derecho fundamental a la IGUALDAD ANTE LA LEY y UNA VIDA DIGNA art. 13; DEBIDO PROCESO art. 29; DERECHO AL TRABAJO; LA SEGURIDAD SOCIAL art. 48; LA ATENCIÓN DE LA SALUD ART. 49; RENUNERACION MINIMA VITAL Y MOVIL ART. 53 de la Constitución Política, en contra de las entidades de derecho público ORQUESTA FILARMONICA DE BOGOTÁ, SECRETARIA DISTRITAL DE CULTURA DE BOGOTA Y ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTA D.C., domiciliadas en esta ciudad.

HECHOS

- 1.- La señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ, mediante resolución No. 255 de fecha julio 09 de 2014, firmada por el Director General de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, fue nombrada en provisionalidad en el empleo público de Secretario Código 440 grado 12 de la planta global de dicha entidad.
- 2.- La señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ, se posesionó del cargo en fecha 11 de julio de 2014.
- 3.- El cargo fue sacado a concurso y la accionante saco el segundo puesto.
- 4.- Mediante resolución No. 322 del diez (10) de septiembre de 2018, firmada por La Directora General de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la accionante CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ, sin tener en cuenta que es cabeza de familia y prepensionada.
- 5.- El 28 de septiembre de 2018 la Directora de Talento Humano de la Filarmónica de Bogotá, comunica a la accionante que la persona que ocupó el primer puesto en el cargo tomará posesión en día 01 de octubre de 2018.
- 6.- No obstante, a la anterior comunicación, la accionante continuó ejerciendo el cargo por ordenes directas de su jefe inmediato.

-2-

7.- El 08 de octubre de 2018 la Directora de Talento Humano de la Filarmónica de Bogotá, comunica a la accionante que la persona tomará posesión del cargo el día 09 de octubre de 2018. Por lo que la accionante desde dicha fecha fue desvinculada de su cargo.

8.- La accionante en la actualidad se encuentra en periodo de calificación por accidente laboral la cual se está surtiendo en la ARL POSITIVA, padeciendo el síndrome de "MAGUITO ROTADOR DERECHO BURSITIS DE HOMBRO DERECHO"

9.- La accionante es madre cabeza de familia sin alternativa económica distinta a su salario y su esposo señor EDGAR PATIÑO ALVAREZ depende económicamente de ella; él es una persona discapacitada quien en la actualidad padece una enfermedad denominada artritis reumatoidea degenerativa crónica, la cual limita sus movimientos e impide que sea vinculado laboralmente por lo que se encuentra desempleado.

10.- La accionante señora PATRICIA MONTOYA, en la actualidad cuenta con 57 años de edad, es adulto mayor, y al ser desvinculada del cargo no cuenta con el mínimo vital que le permita su propia subsistencia y la de su esposo.

11.- En razón a la desvinculación laboral la accionante y su discapacitado esposo han quedado desprotegidos en sus servicios de salud, pues al ser retirada del sistema de seguridad social no podrán seguir realizando los tratamientos médicos que desde hace varios años le vienen realizando.

12.- La entidad accionada al momento de la declaratoria de insubsistencia desconoció lo establecido en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, cual es el beneficio de protección especial que cobija a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física y los funcionarios públicos que cumplieran con los requisitos para disfrutar la pensión de vejez, quienes no pueden ser retirados del servicio.

En tal sentido debemos acudir a lo expresado por el pleno de la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009:

"23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera

-3-

que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado !! En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

14.- La accionante señora PATRICIA MONTOYA, acaba de cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez, pero la misma aun no se ha tramitado y, por lo tanto, al ser desvinculada de su cargo queda en el limbo económico y desprotegida socialmente ella y su familia al no contar con una alternativa económica distinta a su salario.

15.- La accionante es objeto de protección especial constitucional por ser madre cabeza de familia sin alternativa económica, encontrarse enferma, ser adulto mayor a portas de pensionarse y tener a su esposo discapacitado bajo su dependencia económica.

16.- Con la desvinculación laboral la accionante se encuentra en estado de debilidad manifiesta y se pone en peligro su salud al igual que la de su discapacitado esposo, pues ya no cuentan con el servicio de acceso a la seguridad social.

17.- La accionante goza de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta y vulnerabilidad, pues como se ha dicho es madre cabeza de familia, es adulto mayor, se encuentra en retén social por estar a portas de serle reconocida la pensión de vejez, ser la responsable económica y social de su esposo quien se encuentra igualmente en estado de vulnerabilidad por encontrarse enfermo y discapacitado.

18.- La accionante elevó derecho de petición ante la Orquesta Filarmónica de Bogotá, a efecto de que revocaran la determinación adoptada de declaratoria de insubsistencia, para lo cual anexó concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en el cual dicha entidad estatal además de hacer referencia a la protección especial, le indicó a la entidad accionada el deber de proveer un cargo similar al que hasta la fecha había desempeñado la señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ.

19.- La accionada Orquesta Filarmónica de Bogotá, hizo caso omiso de las indicaciones que le hiciera el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Al respecto de la procedencia de la presente acción de tutela, me permito traer a colación jurisprudencias emanadas de la Corte Constitucional en tal sentido:

-4-

Sentencia T326 de 2014.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

"[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante"

En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión:

"Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses.

"No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestión o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados"

Mediante la sentencia C-991 del doce (12) de octubre de dos mil cuatro (2004), esta Corporación declaró la inexecutable del límite temporal establecido en la Ley 812 de 2003 por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002, y, en segundo lugar, por ser violatorio del principio de igualdad, pues mientras que para la protección de las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal, para las madres y los padres de familia sin alternativa económica y las personas en situación de discapacidad, dicho beneficio se aplicaría hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil cuatro (2004). En este fallo la Corte recogió la posición fijada en la sentencia T-792

-5-

del veintitrés (23) de agosto dos mil cuatro (2004) , mediante la cual se inaplicó la norma legal por violación del principio de igualdad constitucional y, sobre esa base, retiró del ordenamiento jurídico la expresión “*aplicarán hasta el 31 de enero de 2004*”, con lo cual eliminó el límite temporal que perjudicaba a las madres y los padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.

[...] A partir de la fecha, la Corte consideró que el retén social no tenía límite temporal alguno, o mejor, que la especial protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se entendía vigente durante todo el programa de renovación institucional, es decir, se prolongaba hasta la liquidación definitiva de la entidad o la culminación jurídica de la misma .

4.4. Ahora bien, frente a la situación de las personas a quienes les faltaba menos de tres (3) años para adquirir el derecho a la pensión y, específicamente en relación con la fecha en que debe empezar a contarse los tres (3) años señalados en la Ley 790 de 2002, se presentaron diversas interpretaciones . No obstante, sobre este particular en la sentencia SU-897 de 2012 , la Sala Plena definió el punto al señalar que “*la Corte contará el período de tres años a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo, siendo este el momento determinante para la configuración o no de la garantía en cada caso concreto*” .

8. Análisis del caso concreto

Con base en la información consignada en el apartado de precedentes, sumada a las pruebas obrantes en el expediente, la Sala concluye los siguientes supuestos fácticos:

8.1. La señora Ana Isabel Velásquez Arias, al momento de conformarse la lista de elegibles por parte de la CNSC en septiembre de dos mil doce (2012) , cumplía la condición de *prepensionada* y madre cabeza de familia. En este sentido, el salario obtenido en el empleo público que desempeñaba servía de sustento para sí y sus dos (2) hijos, ambos estudiantes , toda vez que su esposo padece una discapacidad . Estas circunstancias acreditan la inminencia de un perjuicio irremediable, en los términos explicados en el fundamento séptimo (7º) de esta sentencia, puesto que la accionante tiene gravemente afectado su derecho al mínimo vital ante la ausencia del ingreso económico que financia las necesidades materiales propias y de su núcleo familiar dependiente, razón que torna inidóneo el mecanismo judicial contencioso administrativo, dirigido a cuestionar la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la tutelante a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), al cargo que venía desempeñando en provisionalidad .

[...] En el caso concreto, está probado que la señora Sandra María Olaya Moreno ocupaba el segundo puesto en la lista de elegibles conformada para el empleo No. 24027 de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá. En el fallo de tutela a propósito del amparo solicitado en relación con un derecho de petición que la señora Olaya presentó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en la sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013) , tuteló el derecho a recibir una respuesta oportuna, independientemente del sentido de la misma, “*a la consulta que fue radicada por la ESE Hospital San Rafael de Facatativá en sus dependencias el 19 de diciembre del año anterior, la cual surgió con ocasión a una petición elevada por la actora...*” .

-9-

En cuanto a la designación de la señora Sandra María en el cargo para el cual concursó, la CNSC señaló que: *"la señora Olaya Moreno no tiene un derecho adquirido como pretende hacerle ver: si se tiene en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el artículo 29 del Acuerdo 159 de 2011, para tal efecto se requiere, "Que se encuentre en el primer orden de exigibilidad (...) cumpla con los requisitos mínimos exigidos para el perfil del empleo a proveer [y] ... que la lista de elegibles de la que se hace parte se encuentre vigente..." y habida cuenta [...] el primer requisito no lo cumple"*

La Corte ha sido clara en señalar que *"aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido"*. Quien ocupa el segundo lugar tiene también el derecho a ser designado cuando son varios los empleos ofertados o siendo uno, en el evento de que la persona que ocupe el primer lugar en la lista, por ejemplo, no acepte por alguna razón el nombramiento.

8.7. Dadas las circunstancias expuestas en el presente caso, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, toda vez que si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones. (resalta y subraya el memorialista)

PETICIONES

Con fundamento en los hechos narrados, y ante la inminente violación de derechos y garantías constitucionales por parte de las accionadas ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ, SECRETARÍA DISTRITAL DE CULTURA DE BOGOTÁ Y ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. Aunado a la imperiosa necesidad de proteger a la accionante quien es madre cabeza de familia, adulto mayor y prepensionada, lo que la hace una persona vulnerable y en estado de debilidad manifiesta, solicito al señor Juez Constitucional:

1.- Se tutele en favor de la señora **CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ** el derecho y garantía constitucional a la **IGUALDAD ANTE LA LEY, UNA VIDA DIGNA art. 13; DEBIDO PROCESO art. 29; UNA VIDA DIGNA: LA SEGURIDAD SOCIAL art. 48; LA ATENCIÓN DE LA SALUD ART. 49; RENUNERACIÓN MÍNIMA VITAL Y MOVIL ART. 53** de la Constitución Política.

2.- Se ordene a las entidades accionadas ORQUESTA FILARMÓNICA DE BOGOTÁ, SECRETARÍA DISTRITAL DE CULTURA DE BOGOTÁ Y ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., que en el término de 48 horas proceda al reintegro o reinstalación en el cargo a la señora **CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ** o en su defecto designar a la accionante en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados

-7-

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no se ha presentado otra tutela respecto de los mismos hechos y derechos.

PRUEBAS

Solicito se decreten y se tengan como tales las siguientes:

DOCUMENTALES:

1.- Copia de la resolución No. 255 de fecha 09 de julio de 2014, mediante la cual la accionante fue vinculada en provisionalidad.

2.- Copia del acta de posesión del cargo.

3.- Copia de la resolución No. 322 de fecha 10 de septiembre de 2018, mediante la cual la accionante fue declarada insubsistente y, por lo tanto, desvinculada laboralmente.

4.- Carta de fecha 26 de septiembre de 2018 entregada a la accionante firmada por el área de talento Humano, en la cual le informan que debe hacer entrega del paz y salvo para la desvinculación.

5.- Carta de fecha 04 de octubre de 2018 entregada a la accionante firmada por el área de talento Humano, en la cual le informan que debe hacer entrega del paz y salvo para la desvinculación.

6.- Copia de la partida de matrimonio que contrajo la accionante con el señor EDGAR PATIÑO ÁLVAREZ.

7.- Declaración juramentada ante Notario Público de dependencia económica realizada por el señor EDGAR PATIÑO ÁLVAREZ.

8.- Declaración juramentada ante Notario Público de dependencia económica e incapacidad laboral de su esposo que realizó por la señora CARMEN PATRICIA MONTOYA SUAREZ en fechas 09 de julio de 2014 y 24 de octubre de 2018.

9.- Copia de la carta que la accionante le remite al área de talento Humano de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, en la cual hace entrega de las recomendaciones laborales que la ESP SURA hace de la enfermedad padecida por MONTOYA SUAREZ.

-8-

10.- Memorando interno firmado por el Responsable de Gestión Talento Humano de la Filarmónica, en la cual imparte ordenes con respecto a las recomendaciones laborales de la señora MONYOYA SUAREZ.

11.- Copia de la queja que la accionante realizó ante la Superintendencia de Salud, en razón al trato que se le estaba dando a su enfermedad por parte de la EPS SURA.

12.- Derecho de petición para la revocatoria del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia que la accionante impetro ante la Orquesta Filarmónica de Bogotá.

13.- Respuesta al derecho de petición que hiciera la Orquesta Filarmónica de Bogotá.

14.- Copia de la carta de fecha mayo 08 de 2018 emitida por SURA EPS, en la cual se detalla la enfermedad padecida en la actualidad por la accionante, la cual califican como SINDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO Y BURSTITIS DE HONBRO DERECHO.

ANEXOS:

Los documentos enunciados en el acápite de las pruebas y poder a mi favor.

NOTIFICACIONES

A la accionada Orquesta Filarmónica de Bogotá en la calle 39 Bis No. 14 - 32 de esta ciudad.

A la secretaría de Cultura y Recreación en la carrera 8 No. 9 – 83 de esta ciudad.

