

Sentencia T-460/18

Referencia: Expediente: T-6.754.881

Asunto: Acción de tutela presentada por Kelly Carolina Zapata Pinto, en nombre propio y en representación de Martín Mena Zapata, contra la Empresa Social del Estado-Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Risaralda.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo de tutela emitido el 20 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, que confirmó la decisión adoptada el 10 de enero del mismo año por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, mediante las cuales se negó la acción de tutela formulada por Kelly Carolina Zapata Pinto, en nombre propio y en representación de Martín Mena Zapata, contra la Empresa Social del Estado-Hospital Universitario San Jorge de Pereira (en adelante Hospital San Jorge).

I. ANTECEDENTES

La accionante aduce que en el marco de una relación legal y reglamentaria que tenía con la ESE Hospital San Jorge de Pereira, le fueron coartados sus derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana y al mínimo vital, así como el principio de interés superior que la Constitución consagra a favor de su hijo menor de edad. Ello por cuanto se le negó la prórroga de la licencia por grave calamidad doméstica que, a su juicio, fue debidamente acredita y, en cambio, la entidad decidió declarar la vacancia del cargo por abandono injustificado. Frente al supuesto alegado por la tutelante, la entidad adujo razones legales que le imponían un límite máximo de 90 días para el reconocimiento de la licencia ordinaria no remunerada.

1. Hechos relevantes

1.1. Según las pruebas aportadas al proceso de tutela, la señora Kelly Carolina Zapata Pinto fue nombrada en la planta temporal del Hospital San Jorge de Pereira en el cargo de enfermera, por medio de la Resolución No. 1055 del 21 de diciembre de 2015¹. Acredita que algo más de un año de vinculada a la entidad, es decir, el 12 de enero de 2016, nació su hijo Martín Mena Zapata, quien meses después del parto empezó a presentar graves deterioros de salud². Para el mes de mayo de 2017, enfatiza, el menor de edad fue diagnosticado con una falla hepática para posible trasplante, cuya causa no fue determinada y la cual inicialmente fue tratada en la Clínica Comfamiliar de Pereira³. Sin embargo, explica que debido a la complejidad del caso de su hijo, de un año y tres meses de edad, este fue remitido a la Fundación Valle del Lili en la ciudad de Cali, Valle del Cauca⁴.

1.2. Con soporte en la historia clínica del menor de edad, relata que desde el 20 de mayo de 2017, fecha en la cual ingresó por urgencias a la Fundación Valle del Lili, hasta el 24 de noviembre de la misma anualidad, cuando el médico autorizó el tratamiento ambulatorio, su hijo estuvo hospitalizado en dicha institución médica⁵. Sustenta que durante ese período el menor fue diagnosticado y tratado respecto de las siguientes enfermedades:

FECHA	DIAGNÓSTICO Y/O TRATAMIENTO
13 DE MAYO	“HEPATITIS AUTOINMUNE”
29 DE JULIO	“APLASIA MEDULAR”
8 DE AGOSTO	“NOROVIRUS”
17 DE AGOSTO	“HEMOCULTIVOS POSITIVOS PARA KLEBSIELLA PNEUMONIAE”
6 DE SEPTIEMBRE	“HEMOCULTIVOS: CÁNDIDA TROPICALIS (SFLU)”
13 DE SEPTIEMBRE	“ENTEROCOLITIS NECROTIZANTE”
16 DE SEPTIEMBRE	“CULTIVO DE RASTREO PARA GÉRMENES MULTIRRESISTENTES POSITIVOS PARA ENTEROBACTERIAS RESISTENTES A CARBAPENEMS”
16 DE SEPTIEMBRE	“DRENAJE DE SENOS PARANASALES Y CAMBIO DE CVC”
20 DE OCTUBRE	“REACCIÓN ALÉRGICA A LA TIMOGLOBULINA”
27 DE OCTUBRE	“TRASPLANTE DE ALOGÉNICO HAPLOIDÉNTICO DE MÉDULA ÓSEA-

¹ Cuaderno principal del proceso de tutela, folios 52 al 54 (Copia de la Resolución No. 1055 del 21/12/15).

² Cuaderno principal del proceso de tutela, folio 6. (Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor de edad).

³ Cuaderno principal del proceso de tutela, folio 1.

⁴ Cuaderno principal del proceso de tutela, folios 2 al 4.

⁵ Cuaderno principal del proceso de tutela, folios 7 al 50. (Copia de la historia clínica del menor de edad // Copia de la historia clínica en medio magnético, folios 1 al 439).

	DONANTE LA MADRE”
5 DE NOVIEMBRE	“NEUTROPENIA FEBRIL”
7 DE NOVIEMBRE	“HEMOCULTIVOS: KLEBSIELLA PNEUMONIAE (...)
10 DE NOVIEMBRE	“POSTRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA HAPLOIDENTICO”
14 DE NOVIEMBRE	“INFECCIÓN ASOCIADA POR K PNEUMONIAE PRODUCTORA, CARBAPEMENASAS”
18 DE NOVIEMBRE	“EICH CUTÁNEO”
SIN ESPECIFICAR	“DEFICIENCIAS NUTRICIONALES ESPECIFICADAS”
SIN ESPECIFICAR	“ASPERGILOSIS”
SIN ESPECIFICAR	“PUPURA TROMBOCITOPENICA IDIOPÁTICA”
SIN ESPECIFICAR	“AGRANULOCITOSIS”

1.3. Como consecuencia de la hospitalización de su hijo, manifiesta que solicitó al Hospital San Jorge una licencia para separarse del cargo y, de esta manera, poder cuidar al menor de edad en una ciudad diferente a su lugar de trabajo. Aclara que la mayor parte del tiempo la Unidad de Recursos Humanos de la entidad le concedió licencias ordinarias no remuneradas para atender su calamidad doméstica. Para sustentar lo dicho, acredita que mediante las Resoluciones No. 554, 665, 882 y 917, 996 de 2017, la institución le autorizó licencias laborales entre el 27 de mayo de 2017 y el 14 de octubre de la misma anualidad, para un total de 106 días, equivalentes a 3 meses y medio de licencia ordinaria no remunerada⁶.

1.4. No obstante lo anterior, afirma que debido a la delicada situación de su hijo, a quien todavía no le habían practicado el trasplante de médula ósea, no pudo reincorporarse a sus labores en el hospital en el plazo previsto. Por consiguiente, aduce que mediante derecho de petición radicado el 25 de octubre de 2017, le solicitó al empleador que le siguiera otorgando la licencia laboral para cuidar a su hijo, sin necesidad de presentar la renuncia o que la desvincularan del cargo, pues *“a la fecha no ha sido muy favorable su evolución, debido a que su falla medular se ha infectado, por lo que el trasplante (...) se realizará el 27 de octubre, y yo (...) madre del menor, seré la donante de médula”*⁷.

1.5. Puso en conocimiento el Oficio del 9 de noviembre de 2017, por medio del cual el Hospital San Jorge le manifestó que no podía acceder a la petición, *“pues ya se agotaron todas las actuaciones administrativas tendientes a*

⁶ Cuaderno principal del proceso de tutela, folios 60 al 61.

⁷ Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 55 al 59.

*otorgar permisos, de conformidad con las normas que regulan la materia (...) por lo que a la fecha es imposible para la entidad otorgar más permisos a la peticionaria”*⁸. En consecuencia, aportó la Comunicación del 22 de noviembre del mismo año, a través del cual el Hospital accionado la requirió para que se presentará en *“la Oficina de Recursos Humanos (...) con el fin de realizar descargos por ausentismo no soportado a la fecha”*⁹.

2. Fundamentos de la acción de tutela

2.1. Con fundamento en los presupuestos fácticos narrados, el 21 de diciembre de 2017 la accionante, en nombre propio y representación del menor de edad, interpuso la acción de tutela que actualmente se examina, con el propósito de que fueran amparados sus derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana y al mínimo vital, así como el principio de interés superior del menor, ante la negativa de la entidad en prorrogar la licencia laboral para cuidar al niño, quien acababa de recibir un trasplante de médula ósea. Con base en lo anterior y advirtiendo su delicado estado de salud, solicitó que se le ordenará al Hospital San Jorge la autorización para *“seguir cuidando a mi bebé, sin necesidad de que presente renuncia o me despidan de mi puesto de trabajo”*.

2.2. Para sustentar la pretensión, adujo que la falta de autorización de la licencia laboral recae sobre su hijo de 23 meses de edad, quien no puede cuidarse por sí mismo, como tampoco podría dejarlo al cuidado de una tercera persona, pues además de ser su progenitora era la donante de la médula ósea. Igualmente, sostuvo que el padre del menor de edad se encuentra radicado en la ciudad de Bogotá y que el mismo no le ha brindado el apoyo económico y personal que requiere la situación del menor. Finalmente, agregó que tuvo que trasladarse de la ciudad de Pereira a Cali, donde no contaba con el apoyo de familiares ni amigos, por lo que el dinero que obtiene por su trabajo constituye su única fuente de ingreso para atender al núcleo familiar y proveer lo necesario para el tratamiento médico de Martín.

3. Contestación de la entidad accionada

Mediante Oficio del 27 de diciembre de 2017, el Asesor Jurídico de la ESE Hospital San Jorge de Pereira dio contestación al requerimiento formulado por el *Aquo*¹⁰, solicitando denegar la pretensión de la demanda, por la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Para sustentar esta postura, señaló que la entidad le concedió a la accionante todos los permisos y licencias contemplados en la legislación laboral, en aras de asegurar la satisfacción de las prerrogativas constitucionales del menor de edad. Sin embargo, advirtió que para el momento de la nueva petición no encontró *“mandato legal alguno que le permita a la institución continuar concediendo permiso a la señora Kelly Carolina Zapata para acompañar a su*

⁸ Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 60 al 61. (Copia de la respuesta al derecho de petición presentada por la accionante).

⁹ Cuaderno principal del expediente de tutela, folio 62. (Copia del Oficio emitido por parte del Hospital San Jorge requiriendo a la tutelante).

¹⁰ Mediante Auto del 22 de diciembre de 2017 (Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 64).

hijo en el momento que vive y asistirlo en razón de su condición física, por lo cual no es posible seguir extendiendo las licencias ya otorgadas”¹¹.

4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pereira (Risaralda), mediante la Sentencia del 10 de enero de 2018, negó el amparo invocado. Para el Despacho la actuación de la entidad no constituyó una vulneración de disposiciones *iusfundamentales*, ya que de manera oportuna el hospital le otorgó todos los permisos laborales consagrados en la legislación para que la misma pudiera acompañar al menor de edad en el tratamiento médico que requería. Sostuvo además que la tutelante no logró probar que su situación personal suscitara un perjuicio irremediable que hiciera transitoriamente procedente la acción de tutela, pues no acreditó la calidad de madre cabeza de familia, ni que otras personas de su núcleo familiar no pudieran prestarle el acompañamiento necesario para cuidar al niño¹².

5. Impugnación

La accionante impugnó la decisión del juez de primera instancia reiterando los hechos que originaron la imposibilidad fáctica para acudir a su lugar de trabajo. Además de lo anterior, afirmó que los argumentos del *Aquo*, en los que soporta la ausencia de un perjuicio irremediable, desvinculan de la valoración el complejo estado de salud de su hijo, quien es un sujeto de especial protección constitucional en razón de la minoría de edad y las condiciones de salud, por lo que su situación exigía de su permanente acompañamiento. También aclaró que ella era la única persona que podía estar al cuidado del menor de edad en la ciudad de Cali, pues su hijo debía someterse a un trasplante de médula ósea, donde era la única donante autorizada. Por consiguiente, enfatizó en que constituía una decisión desproporcionada exigirle a la madre de un menor de edad dejarlo en una institución médica, en alto riesgo, para retomar las labores en un lugar distinto al sitio de hospitalización¹³.

6. Decisión de segunda instancia

Por medio del fallo del 20 de febrero de 2018, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, confirmó la decisión. Para ello, expuso que la accionante no cumplió con la obligación de interponer de forma previa los mecanismos ordinarios de defensa, en especial, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, ni tampoco logró acreditar un perjuicio irremediable que hiciera, como lo sostuvo el *Aquo*, transitoriamente procedente el mecanismo constitucional¹⁴.

¹¹ Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 65 al 71.

¹² Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 72 al 77.

¹³ Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 78 al 94.

¹⁴ Cuaderno principal del expediente de tutela, folios 98-99.

7. Actuaciones surtidas en Sede de Revisión de Tutelas

7.1. La Sala Tercera de Revisión, a efectos de adoptar una decisión adecuada en el asunto de la referencia, por Auto del 29 de agosto de 2018, requirió a las partes involucradas para que resolvieran algunos interrogantes y suministraran información adicional que permitiera ahondar, de un lado, en la situación específica en la que se encontraba el menor de edad y su núcleo familiar y, de otro lado, el tipo de vinculación laboral y el trámite administrativo que se había efectuado para resolver las solicitudes de licencia de la tutelante. En la misma providencia judicial se ordenó el traslado de las pruebas que fueran aportadas y la suspensión de los términos para valorar integralmente los medios probatorios presentados.

7.2. La señora Kelly Carolina Zapata Pinto, en sede de revisión y mediante respuesta del 5 de septiembre de 2018, se pronunció sobre las preguntas formuladas por la Sala y adjuntó copia de la historia clínica actualizada, de la Resolución No. 1174 de 2017, por medio de la cual se declara el abandono de su cargo, así como la relación de gastos mensuales del núcleo familiar¹⁵. La respuesta que presentó estuvo fundamentalmente asociada a los siguientes presupuestos fácticos:

(i) Situación del menor de edad: Señaló que su hijo actualmente se encuentra en la ciudad de Pereira con tratamiento ambulatorio y controles mensuales en la Fundación Valle del Lili, a efectos de prevenir alguna infección o enfermedad derivada del trasplante de la médula ósea. Para fundamentar esta circunstancia, aportó copia de la historia clínica hasta mayo de 2018, en la que se advierte que el menor de edad ha estado sometido a terapias combinadas, controles especializados, manejo de antibióticos y exámenes diagnósticos que han evitado una nueva recaída en su estado de salud. Además se refiere en la historia clínica que al menor de edad se le dio de alta con la advertencia de que debía *“recibir acompañamiento de la madre durante los primeros 100 días del trasplante, ya que son los más críticos y pueden haber infecciones y enfermedades contra huéspedes graves”*¹⁶. También dejó constancia, por parte de la hematóloga y oncóloga pediatra, que en razón de la evolución en el estado de salud del menor, la accionante podía *“reintegrarse a sus labores a partir de la fecha 09/01/2018”*¹⁷.

(ii) Situación laboral: Informó que no acudió a la citación de descargos formulada mediante el Oficio del 22 de noviembre de 2017, pues para esa fecha todavía no le habían ordenado el tratamiento ambulatorio a su hijo y, adicionalmente, se estaba monitoreando su evolución tras la intervención quirúrgica. Por ese motivo, afirmó que el 27 de noviembre solicitó la reprogramación de la audiencia, cuya actuación fue celebrada el 4 de diciembre de 2017. Al respecto, expuso que no estuvo de acuerdo con los descargos formulados por el hospital, que se reducían a sostener que la ausencia del puesto de trabajo no estaba justificada ni soportada en debida

¹⁵ Cuaderno de revisión de tutela, folios 41 al 66.

¹⁶ Cuaderno de revisión de tutela, folio 60.

¹⁷ Cuaderno de revisión de tutela, folio 58.

forma. Por consiguiente, precisó que ese día no suscribió el acta de citación a descargos, sino solo hasta el 26 de enero de 2018, bajo la condición de reintegro que le planteó la institución, pero que en la práctica no ocurrió. Sin embargo, desde el 5 de diciembre fue declarada insubsistente.

(iii) Situación socioeconómica: Aduce que su núcleo familiar está compuesto únicamente por ella y su hijo. El padre, reitera, reside en la ciudad de Bogotá y no cuenta con un sustento que le permita ayudarla económicamente, ni tampoco colabora en el cuidado diario del menor de edad. De modo que el salario que percibía por su labor en el Hospital San Jorge de Pereira era la única fuente de ingresos que tenía para mantener el hogar. En razón a la declaratoria de insubsistencia del cargo indicó que ha trabajado en una empresa de servicios temporales (ETEMCO SAS), con contratos discontinuos por un mes, no obstante, tal circunstancia no le permite tener una mínima estabilidad y, menos aún, asegurarle al menor las condiciones necesarias para su recuperación.

7.3. Por su parte, la Asesora Jurídica de la ESE Hospital San Jorge de Pereira, mediante escrito de fecha 6 de septiembre de 2018, se pronunció respecto de las órdenes de esta Corporación, advirtiendo que la decisión de la entidad obedeció al cumplimiento de las previsiones normativas que contemplan la figura de las licencias no remuneradas, así como la declaratoria de abandono del cargo. Para sustentar su postura, aportó copia de las resoluciones por medio de las cuales se nombró a la accionante en la planta temporal del hospital, se concedieron las licencias no remuneradas, se realizó la citación a descargos y se declaró el abandono del cargo a partir del 16 de noviembre de 2018. Además de lo anterior, presentó copia del Reglamento Interno de Trabajo y de las peticiones que fueron radicadas por la tutelante ante la institución del Estado. Con esa documentación, la respuesta se centró en los siguientes aspectos:

(i) Vinculación laboral de la accionante: Explicó que por medio de las Resoluciones No. 1055 del 21 de diciembre de 2015 y 1296 del 28 de diciembre de 2016, en efecto, la accionante se vinculó al Hospital San Jorge de Pereira, mediante nombramientos de carácter temporal, para que se desempeñara en el cargo de enfermera entre el 21 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017¹⁸. En dichas resoluciones, se precisa que la tutelante, así como de 93 enfermeros y 272 auxiliares de la salud, fueron elegidos tras un proceso de selección que culminó con la Resolución No. 1008 de 2015, en la que se conformó la lista definitiva de elegibles. También se explica que la planta temporal fue autorizada por la Junta Directiva del hospital, a fin de que se pudiera suscribir un acuerdo de formalización laboral con el Ministerio del Trabajo, cuyo propósito se centraba en brindarle mayor estabilidad a los trabajadores que veían siendo vinculados por medio de empresas de servicios temporales o cooperativas¹⁹.

¹⁸ Cuaderno de revisión de tutela, folio 70.

¹⁹ Cuaderno de revisión de tutela, folio 76.

(ii) Trámite administrativo: Tras las peticiones presentadas por la accionante y las certificaciones emitidas por la Fundación Valle del Lili, la asesora del hospital indicó que, en efecto, le concedieron licencias no remuneradas hasta el 14 de octubre de 2017, según lo autoriza el artículo 2.2.5.5.5 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017. De hecho, precisó que excedió el término establecido en la norma referida, pues le otorgó 106 días y no el plazo máximo de 90 días previsto en la legislación. Además aclaró que con posterioridad al último día de la licencia, la accionante presentó incapacidades médicas hasta el 15 de noviembre de 2017 y el derecho de petición en el que solicitaba la prórroga de la licencia. Sin embargo, reiteró lo dicho en la Comunicación del 9 de noviembre, en el sentido de que le era imposible autorizar una nueva licencia, en razón del límite temporal fijado en el Decreto 1083 de 2015.

En razón de lo anterior, informó que los días 9, 22 y 27 de noviembre de 2017 realizó citaciones a descargos por la ausencia injustificada de la accionante. Al final, confirmó que la audiencia se efectuó el 4 de diciembre de la misma anualidad, momento en el cual le informaron el incumplimiento de sus deberes como empleada del Hospital San Jorge de Pereira²⁰. De esta manera, acreditó que el 5 de diciembre, mediante la Resolución N° 1174, la entidad declaró el abandono del cargo a partir del 16 de noviembre de 2017, fundamentada en que: (a) le fue concedido el período máximo de 90 días fijado en el Decreto 1083 de 2015; (b) las incapacidades médicas no estaban autorizadas por la EPS en que se encontraba afiliada, ni había realizado su transcripción; (c) tampoco acudió de manera oportuna a la citación a descargos por la ausencia no justificada y, finalmente, (d) el cargo desempeñado por la accionante es misional, por lo que se hacía necesario garantizar una prestación oportuna y continua del servicio.

(iii) Reglamento Interno de Trabajo: Finalmente, presentó copia de la Resolución No. 1028 del 2008, por medio de la cual se adoptó el reglamento de la ESE Hospital Universitario San Jorge. En relación con el tema que aquí se analiza, la referida norma indica, en su artículo 22, que la entidad “(...) *concederá a sus trabajadores los permisos necesarios (...) en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada (...) siempre que avisen con la debida oportunidad (...)*”. En esa misma disposición, además, se precisa las condiciones a las que estará sujeta la concesión de la licencia. En el caso de grave calamidad doméstica “(...) *la oportunidad puede ser anterior o posterior al hecho que lo constituye o al tiempo que ocurra éste, según lo permita las circunstancias (...)*”²¹.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

²⁰ Cuaderno de revisión de tutela, folio 90.

²¹ Cuaderno de revisión de tutela, folio 33.

Con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para revisar la acción de tutela de la referencia, escogida por la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional, a través del Auto de fecha 31 de mayo de 2018.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

Antes de considerar el problema de fondo de la presente controversia judicial, esta Sala deberá verificar que la demanda cumpla con los requisitos para su procedencia previstos en la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991 y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

2.1. Legitimación por activa: De conformidad con los artículos 86 constitucional y 10° del Decreto 2591 de 1991, se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela: (i) el titular de los derechos fundamentales, es decir, la persona directamente afectada por la vulneración o amenaza de los mandatos superiores; (ii) el representante legal de la persona objeto de amparo cuando se acredita, por ejemplo, la condición de discapacidad, interdicción o minoría de edad; (iii) el agente oficioso, en los eventos que el titular de los derechos no está en condiciones físicas o psicológicas para promover la tutela de sus propios intereses; (iv) el apoderado judicial, quien deberá ostentar la calidad de abogado titulado y anexar a la demanda el respectivo poder para actuar en la causa y, finalmente, (v) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales en los casos regulados por la ley²².

En el presente asunto la Sala no advierte problemas de legitimación frente a la aquí accionante, pues Kelly Carolina Zapata Pinto alega la vulneración de sus propios derechos fundamentales por la decisión del Hospital San Jorge de Pereira de negarse a prorrogarle la licencia laboral. Tampoco se presentan cuestionamientos respecto de la representación legal de Martín Mena Zapata, pues la parte demandante allegó copia del registro civil de nacimiento del menor de edad a través del cual se acredita la filiación y su minoría de edad.

2.2. Legitimación por pasiva: En virtud de los artículos 86 del Texto Constitucional y 5° del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo puede interponerse contra cualquier autoridad pública o particular que vulnere o amenace derechos fundamentales. Según el numeral 9 del artículo 42 del decreto en cuestión, además, el recurso de amparo contra particulares procede “[c]uando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción”.

Con fundamento en el escrito de tutela y en la respectiva contestación, en esta oportunidad, la legitimidad de la ESE Hospital San Jorge de Pereira tampoco genera dificultad, dado que entre la peticionaria y el accionado existió una relación legal y reglamentaria desde diciembre de 2015. Al respecto, se acreditó que la señora Kelly Carolina prestó sus servicios como enfermera, de

²² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-122 de 2017.

forma personal y bajo la dependencia de esa entidad y, como contraprestación, recibió una remuneración periódica por parte de la demandada.

2.3. Inmediatez: De conformidad con la doctrina constitucional, este requisito le impone al demandante la carga de interponer la acción de tutela en un plazo razonable. Aunque la definición jurídica de dicho lapso dependerá de las circunstancias en que se enmarca el caso concreto, la Corte Constitucional ha admitido que la presentación de la demanda dentro de los seis meses siguientes al hecho generador de la afectación *iusfundamental* constituye un término razonable, pues resulta coherente con la finalidad de salvaguardar de manera urgente e inmediata las prerrogativas constitucionales. Pasado este plazo, de hecho, le corresponde al accionante acreditar los motivos que justifican su tardanza en acudir ante la jurisdicción constitucional²³.

Bajo este entendimiento, en el caso concreto tampoco se advierten problemas de inmediatez, pues de conformidad con las pruebas aportadas al proceso de tutela se encuentra que: (i) el 4 de diciembre de 2017 la tutelante acudió a la citación de descargos formuladas por el Hospital San Jorge de Pereira; (ii) al día siguiente, es decir, el 5 de diciembre, fue declarada insubsistente por abandono injustificado del cargo y, en consecuencia, (iii) el 21 de diciembre del mismo año la señora Kelly Carolina interpuso la acción de tutela. De modo que transcurrió menos de un mes desde la última actuación de la entidad (declaratoria de abandono del cargo) hasta la presentación del recurso de amparo.

2.4. Subsidiariedad: En relación con las pretensiones que persiguen el reconocimiento de derechos y garantías laborales, esta Corte ha manifestado que por regla general la acción de tutela no resulta procedente, pues existen medios ordinarios de defensa que deben agotarse antes de acudir ante la jurisdicción constitucional. No obstante la anterior regla, ha admitido la viabilidad excepcional del recurso de amparo ante la *falta de eficacia e idoneidad de la acción judicial* en la resolución del caso concreto y particular.

2.4.1. Se ha considerado ineficaz cuando analizadas las condiciones específicas del actor la vía ordinaria no ofrece la protección oportuna e integral que requiere el derecho fundamental presuntamente conculcado. Dicha circunstancia se determina por el contexto familiar y personal del demandante, su condición de sujeto de especial protección constitucional, el grado de vulnerabilidad o, en fin, todas aquellas circunstancias que acreditadas en debida forma justifican el no agotamiento de los medios judiciales que, en principio, tendría a su alcance. La falta de idoneidad, en cambio, se presenta cuando el diseño legislativo no logra amparar, de manera adecuada y conducente, las distintas facetas del derecho fundamental involucrado y, por lo mismo, no brinda una protección similar a la que se alcanzaría a través de la acción de tutela, ni resuelve el conflicto en su dimensión constitucional. Para ello, ha de examinarse por parte del juez de tutela las características jurídico-procesales de la acción judicial, su objetivo legal, el alcance constitucional y

²³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-936 de 2013.

su resultado previsible. De modo que, acreditada la falta de idoneidad y eficacia de la vía ordinaria, la acción de tutela procede como el mecanismo principal y definitivo de salvaguarda de los derechos²⁴.

2.4.2. En el presente asunto los jueces de instancia negaron la acción de tutela argumentando que las actuaciones del hospital demandado, que negaron la prórroga de la licencia laboral y, con posterioridad, declararon la vacancia del cargo, fueron desplegadas en ejercicio de las atribuciones legales consagradas en el Decreto 1083 de 2015. Sobre esta base, estimaron que la controversia representaba una discusión de naturaleza legal, relativa a la desvinculación de una empleada de carácter temporal, por lo que el asunto escapaba del conocimiento del juez constitucional y debía dirimirse por la jurisdicción ordinaria. Más aún, cuando la parte actora no demostró la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera transitoriamente procedente la acción de tutela.

Para la Sala Tercera de Revisión no les asiste razón a los jueces de instancia, toda vez que el problema formulado por la accionante no podía limitarse a un juicio de validez de los actos administrativos que negaron la prórroga de la licencia y declararon la vacancia del cargo, sino que el asunto controvertido, dadas las condiciones específicas que expuso la actora, se enmarcaba también en una esfera constitucional. Así, estima la Corte que, aplicando los criterios jurisprudenciales anteriormente expuestos, la vía ordinaria no resulta eficaz ni idónea para resolver el problema en su dimensión constitucional, por cuanto, pudo advertirse en el expediente de tutela los siguientes aspectos:

(i) Si bien, se encuentra que las decisiones administrativas adoptadas por el Hospital San Jorge de Pereira, en su calidad de entidad pública, eran susceptibles de cuestionarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, esa actuación no constituía el mecanismo más eficaz para la protección de los derechos fundamentales comprometidos. Ello por cuanto en el marco del caso concreto y valorados los elementos del juicio del proceso, la resolución del problema involucraba a un menor de edad que, para el momento de la hospitalización en la Fundación Valle del Lili tenía aproximadamente un año y tres meses de edad y, por ende, ostentaba la calidad de sujeto de especial protección. Así, ante la situación de salud en la que estaba el menor de edad, quien requería del cuidado y apoyo permanente de un adulto responsable, la Sala no considera desproporcionado que la tutela desplace al medio ordinario, en este evento específico, a fin de asegurarle una protección rápida e integral de sus derechos fundamentales.

De hecho, tal grado de vulnerabilidad en que se encontraba el menor de edad no era un aspecto a tenerse en cuenta únicamente al momento que la accionante radicó el escrito de tutela, sino que la Sala advierte que continuó en el tiempo, pues de conformidad con las pruebas aportadas en el trámite de revisión, el menor de edad seguía siendo objeto de controles semanales y

²⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-280 de 2018.

mensuales frente al cuadro de enfermedades que en mayo de 2017 lo llevaron a un proceso de hospitalización de seis meses. Además, aun cuando la anterior circunstancia no sea suficiente para considerar que, por sí misma, la tutela opera como el mecanismo más eficaz, tampoco puede ignorarse que el caso específico involucra a una mujer, quien alega ser madre cabeza de familia, condición que no fue refutada por la parte demandada.

(ii) En relación con la idoneidad del mecanismo ordinario, observa la Sala que la accionante no buscaba únicamente controvertir los actos administrativos proferidos en octubre y diciembre de 2017, sino en especial plantear un debate de tipo constitucional respecto de la aplicación de las normas jurídicas que fijan el reconocimiento de la licencia a causa de la calamidad doméstica y que, en su caso específico, resultaba posiblemente incompatible con la Constitución. En especial, el impacto negativo –en términos de goce efectivo de derechos fundamentales–, por la decisión de la entidad de no continuar prorrogando la licencia, aun cuando la situación del menor de edad no había cambiado sustancialmente, pues tras el trasplante de la médula ósea continuaba internado en la Fundación Valle del Lili.

Así, de los elementos de juicio aportados al proceso de tutela, se pone de presente una discusión constitucional relevante, escasamente desarrollada por la jurisprudencia de esta Corporación y que difícilmente sería examinada por el juez ordinario. Es decir, el caso lleva a analizar si la decisión del hospital accionado de negar la prórroga de la licencia y, en cambio, declarar la vacancia del cargo de enfermera, con fundamento en una norma legal, quebranta mandatos constitucionales como el derecho a un trabajo digno y justo (art. 25), la obligación de la familia y el Estado de velar por el cuidado integral y prevalente de los menores de edad (art. 44), la remuneración vital y móvil de los empleados (art. 53) y el deber de materializar el principio de solidaridad social (art. 95) o, por el contrario, responde a las prerrogativas fijadas en la Constitución por medio de las cuales se busca asegurar la protección del tesoro público (art. 128), la aplicación de los principios de eficiencia y economía en la función administrativa (art. 209) y la observancia de criterios fiscales (art. 334).

De este modo, la Corte no advierte que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual, en principio, la accionante podría solicitar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que le denegaron la prórroga de la licencia y, con posterioridad, declararon la vacancia de su cargo, constituyan un mecanismo idóneo para este caso específico, en el que se alega la protección de una faceta particular del derecho al trabajo (protección laboral frente a la grave calamidad doméstica del trabajador) y, de ahí, los demás derechos constitucionales en tensión. Lo anterior, puesto que mientras la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto verificar la legalidad del acto administrativo bajo pautas y causales específicas previstas en la legislación y la jurisprudencia, la acción de tutela estará dirigida a analizar el problema en su dimensión constitucional, es decir, a valorar la presunta afectación de los derechos fundamentales que la parte actora alegó.

2.4.3. En consecuencia, se encuentra superado el análisis de procedibilidad y, por ende, la Sala pasará a estudiar el problema jurídico que se advierte en la presente acción de tutela.

3. Planteamiento del caso, problema jurídico y metodología de la sentencia

3.1. En esta oportunidad la solicitud de amparo fue promovida por una empleada pública de la planta temporal de la ESE Hospital San Jorge de Pereira que alega, en el marco de una relación legal y reglamentaria, que la entidad desatendió las obligaciones laborales que le asisten como empleador, en específico, la de otorgar y prorrogar la licencia a causa de la grave calamidad doméstica frente a su hijo menor de edad y, en cambio, decidió injustificadamente declarar la vacancia de su cargo como enfermera, afirmando un abandono del empleo. En criterio de la actora, tales actuaciones administrativas quebrantaron sus derechos fundamentales, así como el principio de interés superior del menor de edad.

El hospital accionado, tanto en la contestación de la demanda como en el escrito radicado ante esta Corporación, argumentó que la decisión impuesta sobre la accionante obedeció al cumplimiento de las previsiones normativas contempladas en el Decreto 1083 de 2015, que le imponen un límite máximo de 90 días para la concesión de la licencia ordinaria no remunerada. Además del hecho de que la accionante no soportó en debida forma las incapacidades médicas, ni tampoco acudió de manera oportuna a la citación de descargos formulada por la ausencia injustificada al lugar de trabajo. En esa medida, el acto administrativo que tras el proceso interno declaró la vacancia del cargo no fue una decisión irrazonable ni desproporcionada, en tanto contribuye a la operatividad del hospital y materializa la misión de la entidad que se vio afectada por la situación de la accionante. En consecuencia, su actuación se enmarcó dentro de lo dispuesto en el orden legal sin que fuera violatoria de mandatos constitucionales.

3.2. Con base en la situación fáctica esbozada, corresponde a la Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿Una entidad pública vulnera los derechos al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, así como el principio de interés superior de los niños, cuando soportada en que la normatividad laboral solo la autoriza a otorgar licencias no remuneradas por un período máximo de 90 días, decide negar la prórroga de la licencia y, en consecuencia, declara la vacancia del cargo de la empleada de carácter temporal, pese a que la trabajadora acreditó una grave calamidad doméstica respecto de su hijo menor de edad?

3.3. Con el fin de resolver el anterior problema, esta Corporación: *(i)* analizará la doctrina sobre el alcance constitucional de la figura de la grave calamidad doméstica debidamente acreditada y, con base en las reglas definidas, *(ii)* resolverá el asunto controvertido.

4. Alcance constitucional de la figura de la grave calamidad doméstica debidamente comprobada. Aplicación a trabajadores públicos y privados

4.1. Ha dicho la Corte Constitucional que, de conformidad con el numeral 1° del artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo, la obligación básica de todo trabajador es realizar personalmente la labor para la cual fue contratado²⁵. Igualmente, el empleado público, vinculado a la Administración a través de una relación legal y reglamentaria, le corresponde desempeñar directamente las funciones de su empleo, con fundamento en el manual de la entidad y los requerimientos de eficiencia y calidad que se esperan en el sector público²⁶. De modo que todos los trabajadores dependientes, sean públicos o privados, están obligados a acatar las órdenes y directrices que le imparten sus superiores jerárquicos, según las funciones previstas para su empleo, para poder recibir una contraprestación económica por el servicio prestado.

4.2. No obstante lo anterior, también ha manifestado esta Corporación que esa obligación básica no tiene una naturaleza absoluta, pues el Legislador ha previsto la ocurrencia de ciertas circunstancias excepcionales, como serían las licencias y los permisos laborales, en donde los trabajadores no estarían obligados a prestar directamente sus servicios o estarían facultados para no hacerlo, sin que dicha circunstancia les represente, por sí sola, una causal para la terminación del contrato o la declaratoria de insubsistencia del funcionario público²⁷.

De hecho, ha indicado este Tribunal que existen algunos eventos que obedecen a la decisión libre y voluntaria del trabajador, como ocurre con las licencias por estudio, en las cuales el empleador no solo tiene la facultad para decidir acerca de su admisión, sino que también estaría facultado para no remunerarlas. Mientras existen otros supuestos fácticos en donde no puede imputársele responsabilidad al trabajador, en tanto obedecen a prescripciones legales o circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, como sería la calamidad doméstica, frente a las cuales el empleador sí estaría obligado a reconocerlas, de conformidad con las previsiones normativas vigentes²⁸.

4.3. La calamidad doméstica debidamente comprobada constituye así uno de tales supuestos donde se acepta que el trabajador se separe temporalmente de sus funciones, sin que tal conducta rompa el vínculo laboral, legal o reglamentario con el empleador, siempre que se cumplan con las condiciones, plazos y requisitos plasmados en la norma (público o privado) que le aplica.

4.3.1. En el sector público la calamidad doméstica se prevé como una causal de justificación para la concesión del permiso o la licencia ordinaria no remunerada. Según el Departamento Administrativo para la Función Pública, el permiso es una de las situaciones administrativas en la cual se puede

²⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-930 de 2009.

²⁶ Artículos 2.2.4.2 y 2.2.30.1.1 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se compilan las normas reglamentarias que rigen la Función Pública.

²⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015, en las que puntualmente se analiza la licencia y los permisos por grave calamidad doméstica debidamente comprobada.

²⁸ *Ibidem*.

encontrar el empleado público, en la que se “persigue la desvinculación transitoria, muy transitoria, por cierto, de la prestación de las funciones por parte del empleado, sin que ello le ocasione desmedro de su salario, como si ocurre con la licencia. Por medio de esta situación administrativa se busca que los servidores públicos puedan atender apremiantes circunstancias de orden personal o familiar”.²⁹ Mientras que las licencias, precisó la misma entidad, le permiten al empleado público separarse por un mayor tiempo del ejercicio de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad, pero a razón de las licencias previstas en la legislación laboral vigente y bajo las normas que determinan su oportunidad. De modo que, “no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley”³⁰.

En tal virtud, el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, en el que se compilan las normas de carácter reglamentario que rigen la Función Pública, establece que el empleado podrá solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres días hábiles cuando medie una calamidad doméstica³¹. De hecho, ha precisado que en estos eventos “el empleado deberá informar inmediatamente la situación y, una vez se reincorpore al ejercicio de sus funciones, justificar ante el nominador o su delegado el motivo que la originó con los soportes necesarios para demostrarla, quien determinará si existió mérito suficiente para la ausencia laboral”³².

Igualmente, ha establecido que el funcionario público puede hacer uso de la licencia ordinaria no remunerada, “hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos”³³. En caso de que exista una causal de justificación, como sería la calamidad doméstica, además precisa que, “a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más”³⁴ y, en caso contrario, es decir, cuando “no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio”³⁵.

4.3.2. En el sector privado también se ha fijado la calamidad doméstica como una justa causa para la concesión de la licencia laboral. Al respecto, el Código Sustantivo de Trabajo, en su artículo 57, señala que dentro de las obligaciones especiales del empleador está la de “*conceder al trabajador las licencias necesarias (...) en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada (...)*”. Y el artículo 108, ordena al empleador que regule, en el respectivo Reglamento Interno de Trabajo, la forma de concesión de los permisos, “*especialmente lo relativo a desempeño de comisiones sindicales,*

²⁹ Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía de Administración Pública. ABC de situaciones administrativas. Julio de 2017, pp. 25-26.

³⁰ *Ibidem*, pp. 8-12.

³¹ Artículo 2.2.5.5.17 del Decreto 1083 de 2015.

³² *Ibidem*.

³³ Artículo 2.2.5.5.5 del Decreto 1083 de 2015.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Op. Cit.*

asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica”. (Negrilla fuera del texto).

4.4. De modo que, con fundamento en el régimen legal vigente, la calamidad doméstica ha de entenderse como una causal de justificación que les permite a todos los trabajadores, sean públicos o privados, ausentarse temporalmente del lugar de trabajo, sin que la ocurrencia de esa circunstancia les represente una ruptura de su vínculo con el empleador, siempre que cumplan las condiciones, plazos y requisitos previstos en la legislación laboral.

4.5. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que, desde la perspectiva constitucional, existen casos *excepcionales y límite* que desbordan el marco legal y, en consecuencia, la aplicación irrestricta de las previsiones normativas, como sucedería con el plazo máximo para su concesión, sin llegar a valorarse las condiciones específicas en las que se presenta la calamidad doméstica, conllevarían a una decisión por parte del empleador incompatible con la Constitución, en especial, con principios y preceptos fundamentales.

4.5.1. Lo anterior por cuanto, siguiendo la doctrina especializada en la materia, la calamidad doméstica opera “ante todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano –hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero-, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio, inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos. Todas estas situaciones, u otras similares, pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo”.³⁶

4.5.2. Pero, además, porque aun cuando la calamidad doméstica ha sido entendida como una causal que justifica al trabajador para atender una tragedia personal o familiar, aquella tiene un fundamento constitucional en los principios de dignidad humana y de solidaridad (arts. 1º y 92), así como en el respeto por los derechos fundamentales del trabajador (arts. 25 y 53). (i) Con soporte en la noción de dignidad, puesto que el empleador no puede emitir órdenes que conlleven un trato cruel, inhumano o degradante, ni que representen un abierto desconocimiento de las mínimas necesidades morales y materiales que requieren sus trabajadores; (ii) en el deber de solidaridad, ya que dicho precepto constituye un límite constitucional a las facultades subordinantes del empleador, es decir, a la actuación exclusivamente utilitaria.

³⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-930 de 2009.

Al contrario, le corresponde proceder de forma humanitaria ante aquellas circunstancias que pongan en grave riesgo la vida y salud del trabajador. Igualmente, tiene fundamento (iii) en los mandatos constitucionales que protegen directamente al trabajador, pues la Corte entiende que no se pueden emitir órdenes cuyo cumplimiento implique el sacrificio de prerrogativas superiores, como sucede con la remuneración mínima vital y móvil.

4.6. Por consiguiente, aunque la calamidad doméstica no se configura ante cualquier suceso familiar o personal que se le presente al trabajo, sino ante (i) un evento cuya **gravedad** obliga al trabajador a atender prioritariamente esa circunstancia, en tanto representa (ii) un **impacto negativo** el normal desarrollo de su vida personal y profesional, la Corte ha sostenido que constituye una vulneración del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pero además de forma manifiestamente insolidaria, que se obligue a un trabajador a desempeñar las funciones de su cargo cuando las condiciones familiares o personales fácticamente no lo permiten³⁷.

4.7. De modo que, ante un caso *excepcional y límite* que desborda el marco legal aplicable, a raíz de las condiciones específicas en las que se desenvuelve la grave calamidad doméstica debidamente comprobada, el alcance constitucional de esta figura, por parte de esta Corporación, ha tenido dos parámetros principales de valoración; el primero, hace referencia al tiempo de duración y, el segundo, a la obligación de remuneración por parte del empleador³⁸.

4.8. De hecho, revisada la literatura en la materia a partir de estos dos parámetros, la Corte advierte que el estándar de protección varía en distintos países, inclusive, en lugares con un crecimiento continuo en la actividad laboral de las mujeres y con economías de mercado consideradas como desarrolladas. Así, se encontró que en Noruega, Italia y los Países Bajos la licencia por urgencia familiar o cuidado de dependientes, es decir, para atender a un familiar enfermo de gravedad, ha sido reconocida por todo el tiempo necesario y remunerada. En Francia, España, Reino Unido, Japón y Finlandia, también se ha concedido por todo el tiempo necesario, pero al contrario del anterior escenario jurídico no da lugar a remuneración económica. Además de los anteriores países, existen otros casos donde se limita el tiempo de duración, como sucede con Irlanda que ha consagrado 65 semanas remuneradas y en Bélgica 52, igualmente remuneradas. En Australia³⁹, Canadá⁴⁰, Dinamarca y Portugal también se ha delimitado el tiempo, está vez a una licencia de 12 a 18 semanas remuneradas⁴¹.

³⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-930 de 2009.

³⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015, en las que puntualmente se analiza la licencia y los permisos por grave calamidad doméstica debidamente comprobada.

³⁹ El análisis cubre algunos estados como Victoria, Nueva Gales del Sur, Territorio del Norte, Queensland, Australia Meridional, Tasmania y Australia Occidental. En: Revista Internacional de Trabajo, Vol. 132 (2013), núm. 1. *Vacaciones y licencias en países desarrollados: Los Estados Unidos a la zaga en cuanto a equilibrio entre vida profesional y familiar*. PP. 142-161.

⁴⁰ Se relaciona con la situación de los estados de Columbia Británica, Alberta, Nuevo Brunswick, Terranova y Labrador, Territorios del Noroeste, Nueva Escocia, Nunavut, Ontario, Isla del Príncipe Eduardo, Yukón, Manitoba, Quebec, Saskatchewan. En: Revista Internacional de Trabajo, Vol. 132 (2013), núm. 1. *Vacaciones*

4.9. En Colombia, bajo estos mismos parámetros y de conformidad con la Constitución, la legislación laboral y el precedente jurisprudencial en la materia, en los casos excepcionales y límite que desborden el marco legal aplicable, por de las condiciones específicas en las que se desenvuelve la grave calamidad doméstica, deberá otorgarse: (i) por el tiempo necesario para superar *la gravedad* de la situación personal o familiar y (ii) bajo un lapso razonable de remuneración cada mes a cargo del empleador.

Este criterio no obedece a una consideración deliberada de la Sala, sino a una interpretación de la aplicación de esta figura que la Corte Constitucional ya ha fijado en las Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015, así como una postura en la que se armoniza, de un lado, mandatos constitucionales que protegen el derecho a un trabajo digno y justo (art. 25), la obligación de la familia y el Estado de velar por el cuidado integral y prevalente de los menores de edad (art. 44), la remuneración vital y móvil de los empleados (art. 53) y el deber de materializar el principio de solidaridad social (art. 95) y, por el contrario, prerrogativas fijadas en la Constitución por medio de las cuales se asegura la protección del tesoro público (art. 128), la aplicación de los principios de eficiencia y economía en la función administrativa (art. 209) y la observancia de criterios fiscales (art. 334), en el caso especial del sector público. Dicho de otro modo, bajo este parámetro se entiende que ni las formas de contratación, para trabajadores público o privados, pueden despojarlos de los mínimos constitucionales, ni tampoco su protección puede representar una carga desproporcionada para el empleador, en particular, cuando se tratada de entidades públicas.

(i) Por el tiempo necesario para superar *la gravedad* de la calamidad doméstica: Como se señaló líneas atrás, en el caso de los empleados públicos la calamidad doméstica está determinado por la relación legal y reglamentaria que se tiene con la entidad. Por ejemplo, en el caso del Sector de la Función Pública, el Decreto 1083 de 2015, modificado por Decreto 648 de 2017, establece que la calamidad doméstica constituye una justa causa para la concesión del permiso, cuya duración será de tres días hábiles. Inclusive, como ya se indicó, puede dar lugar a una licencia ordinaria no remunerada. En el sector privado, en cambio, el Código Sustantivo de Trabajo no consagró un tiempo mínimo o máximo para la concesión de la licencia, únicamente lo previó como una de las obligaciones a cargo del empleador.

A partir de esta regulación, en la Sentencia C-930 de 2009 la Corte no solo fijó el fundamento constitucional de esta figura sino que construyó parte significativa de su alcance constitucional. En dicha oportunidad, la Sala Plena

y licencias en países desarrollados: *Los Estados Unidos a la zaga en cuanto a equilibrio entre vida profesional y familiar*. PP. 142-161.

⁴¹ Los datos han sido analizado a partir de la investigación de los profesores Richard N. Block, Joo-Young Park y Young-Hee Kang, quienes compararon distintas legislaciones nacionales respecto de las licencias laborales para determinar el grado de equilibrio entre la vida profesional y familiar, en especial, en los países con un crecimiento en la actividad laboral de las mujeres y con economías de mercado desarrolladas. En: *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 132 (2013), núm. 1. *Vacaciones y licencias en países desarrollados: Los Estados Unidos a la zaga en cuanto a equilibrio entre vida profesional y familiar*. PP. 142-161.

analizó la constitucionalidad del numeral 6° del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, que facultaba al empleador para descontar del salario del trabajador la licencia reconocida, entre ellas la de calamidad doméstica, u obligarlos a compensar en horas distintas a la jornada de trabajo cuando fueran reconocidas. Con fundamento en los principios de dignidad y de solidaridad, así como del respeto de los derechos fundamentales del trabajador, dijo el Tribunal que era inconstitucional exigirle al trabajador, en el caso de la calamidad doméstica, compensar el tiempo fuera de la jornada de trabajo o descontárselo de su salario, pues no era una situación imputable a la decisión libre y voluntaria del trabajador, sino que era un hecho ajeno a su voluntad y, en la mayoría de los casos, de fuerza mayor. De modo que, aun cuando el Legislador no había previsto un término fijo para su concesión, el empleador – en todo caso- estaba obligado a reconocerla. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del empleador”, contenida en el numeral 6° del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con posterioridad, en la Sentencia T-489 de 2014, la Corte aplicó las reglas previstas en el precitado fallo al caso de una auxiliar de vuelo que trabajaba en Avianca SA, en la ciudad de Medellín, pero que debido al autismo que le fue diagnosticado a su hijo menor de edad debía trasladarse a la ciudad de Bogotá, a fin de asegurarle un tratamiento digno e integral. En ese momento, la demandada le había negado las solicitudes de traslado y la licencia por grave calamidad doméstica, afirmando su imposibilidad legal. La Corte amparó los derechos fundamentales de petición y protección familiar formulados por la parte accionante, argumentando –para el asunto que aquí se debate – que “constituía un deber de carácter constitucional que Avianca S.A. definiera los términos y los lapsos temporales en los que la actora podrá disfrutar de la licencia por grave calamidad doméstica de carácter remunerado para atender el autismo de su hijo, mientras se genera una vacante en Bogotá que posibilite el traslado. Por tanto, la respuesta al derecho de petición –atendiendo el carácter obligatorio de la licencia- tenía que comprender el inicio de un trámite breve en el cual las partes concertaran los días que comprenderán el disfrute de esa prerrogativa laboral”. Así, la Corporación accedió a reconocerle la licencia por el tiempo que fuera necesario para cuidar al menor, mientras se daba el traslado de la ciudad.

Dicha regla además se hizo extensiva a empleados públicos. En la Sentencia T-113 de 2015, la Sala Segunda de Revisión amparó los derechos fundamentales de la accionante y su hijo menor de edad, está vez empleada de la Rama Judicial, a quien le negaron la prórroga del permiso laboral, argumentándose que la tutelante únicamente tenía derecho a tres días de permiso al mes a causa de la grave calamidad doméstica comprobada. En dicho pronunciamiento, consideró la Corte que en relación con la calamidad doméstica la situación de un empleado público resulta claramente comparable con la de un trabajador del sector privado, en particular, cuando se presenta como circunstancia excepcional la delicada condición de salud de un menor de

edad. Por ello, concluyó que “aunque la diferencia de trato entre empleados públicos y privados persigue un fin constitucionalmente protegido como lo es la protección de los recursos del Estado y que la misma es coherente con las disposiciones constitucionales, en el caso en cuestión son las particularidades del mismo las que permiten llegar a la conclusión de que la diferencia de trato en cuanto a los permisos remunerados resulta violatoria de derechos fundamentales”. En consecuencia, ordenó al juzgado accionado que concediera los permisos a los que hubiere lugar para atender el proceso de rehabilitación del menor, siempre y cuando mediara orden médica en la que se prescribiera la necesidad de acompañamiento permanente de la actora y el tiempo de duración del mismo.

(ii) Por un lapso razonable de remuneración cada mes a cargo del empleador: No obstante lo anterior, como ya se señaló, el alcance constitucional de la figura de la calamidad doméstica no significa que en los casos *excepcionales y límite* que desbordan el marco legal durante todo el tiempo que dura la licencia el empleador esté obligado a remunerar al trabajador. De hecho, en la Sentencia C-930 de 2009 así como en la T-113 de 2015, el Tribunal fue claro en indicar que aunque al trabajador no puede imputársele la responsabilidad de una calamidad doméstica, aquella sí se deriva de una circunstancia familiar o personal del mismo y, por ende, en principio, al empleador no le correspondería asumir la carga económica de la suspensión del contrato. Sin embargo, consideró que en atención a los principios de solidaridad y dignidad, que conducen a tratar humanitariamente al trabajador en el momento que más lo necesita, un lapso razonable de remuneración al mes a cargo del empleador era constitucionalmente admisible.

Para determinar la razonabilidad de dicho plazo, es preciso sopesar, como ya ha señalado la Corte, las circunstancias particulares del caso desde una doble perspectiva: *(i) desde el lugar donde se encuentra el trabajador*, es decir, analizar la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada, la posibilidad de conjurarla en un plazo determinado, la presencia de familiares o amigos que contribuyan a superarla, así como la disponibilidad de recursos materiales o económicos en los que se pueda apoyar el trabajador, etc. y, al mismo tiempo, considerar *(ii) la condición del empleador*, es decir, el grado de afectación del trabajo que le representa la ausencia de su empleada y la posibilidad de reemplazarla⁴². Pero, además estima esta Sala que deberá tenerse en cuenta su capacidad y solvencia económica, el tamaño de la empresa, los trabajadores a cargo, la naturaleza del empleador, el carácter *intuito* persona, la hora a cargo, inclusive, los compromisos de la empresa vinculados al desempeño de las funciones. Es más, dicho plazo razonable deberá ser acordado entre el empleador y el trabajador, la regulación interna de la entidad o, en defecto de lo anterior, por las determinaciones unilaterales del primero, sin que quede a la mera discrecionalidad, pues se entiende que – en todo caso- deberá ser proporcional y razonable.

⁴² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-930 de 2009.

4.10. *En consecuencia*, ha de considerarse que, de conformidad con la Constitución, la legislación laboral y el precedente jurisprudencial en la materia, (i) tanto en las relaciones públicas como privadas, la grave calamidad doméstica debidamente comprobada constituye una justa causa para otorgar la licencia o el permiso laboral y, en consecuencia, en virtud del régimen legal, le corresponde al empleador reconocerlas en las condiciones, plazos y requisitos previstos. No obstante lo anterior, (ii) la jurisprudencia constitucional ha admitido que existen casos *excepcionales y límite* que desbordan el anterior marco legal, en cuyo caso el trabajador deberá acreditar en debida forma los presupuestos sustanciales que adviertan la gravedad de la situación personal o familiar que afronta y, que además de resultar involuntarios, representan un impacto negativo considerable. Una vez demostrados tales presupuestos, (iii) deberá otorgársele la licencia por el tiempo necesario para superar la gravedad de la calamidad doméstica. En todo caso, para armonizar dicha obligación con los mandatos constitucionales que obligan a respetar los principios de eficiencia y economía en la gestión pública, así como considerar la situación particular del empleador (iv) deberá fijarse un lapso razonable de remuneración que, en todo caso, dependerá de las circunstancias y particularidades del caso⁴³.

5. Análisis del caso concreto

5.1. Como se ha señalado a lo largo de la providencia, el asunto objeto de estudio pone en evidencia la existencia de una tensión que surge, de un lado, entre el derecho que reclama la accionante a recibir una licencia laboral por el tiempo necesario para superar la grave calamidad doméstica respecto de su hijo menor de edad y, de otro, las restricciones legales que debe acatar la entidad al momento de definir la situación administrativa de su empleada pública. En términos constitucionales, como ya se indicó, el caso lleva a analizar si la decisión del hospital accionado, de negar la prórroga de la licencia y, en cambio, declarar la vacancia del cargo de enfermera, con fundamento en una norma legal, quebranta mandatos constitucionales como el derecho a un trabajo digno y justo (art. 25), la obligación de la familia y el Estado de velar por el cuidado integral y prevalente de los menores de edad (art. 44), la remuneración vital y móvil de los empleados (art. 53) y el deber de materializar el principio de solidaridad social (art. 95) o, por el contrario, responde a las prerrogativas fijadas en la Constitución por medio de las cuales se busca asegurar la protección del tesoro público (art. 128), la aplicación de los principios de eficiencia y economía en la función administrativa (art. 209) y la observancia de criterios fiscales (art. 334).

Bajo este entendimiento, vale la pena reiterar que en la presente oportunidad la Corte no realiza un juicio de validez de las normas aplicables por el hospital para emitir los autos que negaron la prórroga de la licencia y la subsecuente declaratoria de insubsistencia, sino que únicamente se limita a examinar el

⁴³ *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015, en las que puntualmente se analiza la licencia y los permisos por grave calamidad doméstica debidamente comprobada.

caso puntual, visto en el contexto y bajo los parámetros expuestos, a la luz de la Constitución y el desarrollo jurisprudencial efectuado en la materia.

5.2. Por consiguiente, para resolver el presente caso y como ya se explicó, ha de considerarse que: (i) tanto los trabajadores privados como los empleados públicos gozan de la garantía de la licencia o el permiso por grave calamidad doméstica, siempre que acrediten en debida forma la gravedad de la situación personal o familiar, así como el impacto negativo que les representa dicha circunstancia. En tales eventos, (ii) el empleador o el nominador tiene la obligación de otorgarles la licencia o el permiso que haya lugar, bajo los requisitos, plazo y las condiciones previstas en el régimen legal. Sin embargo, (iii) deberá analizarse en cada caso las circunstancias específicas que involucra la calamidad, pues ante una situación *límite y excepcional*, que la aplicación del marco legal resulte manifiestamente incompatible con la Constitución, deberá otorgarse por el tiempo necesario para superar, al menos, la gravedad de la calamidad. En todo caso, (iv) el lapso razonable de remuneración dependerá de las circunstancias y particularidades de la situación concreta, lo cual queda además supeditado a lo que dispongan los acuerdos de trabajo, el reglamento interno de trabajo, al acuerdo entre el empleador y el trabajador o, en defecto de lo anterior, a las determinaciones unilaterales del primero, sin que tampoco conlleve una decisión arbitraria o desproporcional.

5.3. De acuerdo con la situación fáctica expuesta en los antecedentes de la sentencia y a partir de las *subreglas* de decisión precedentemente desarrolladas, para la Sala, en la presente oportunidad, se *configuró una situación límite y excepcional* que, desde la perspectiva constitucional, hace procedente el reconocimiento de la licencia durante el tiempo que la trabajadora necesitaba para superar, al menos, la gravedad de la calamidad respecto de su hijo menor de edad. De modo que, aunque la Corte no ignora que la obligación básica de la accionante, en su calidad de empleada pública del Hospital San Jorge de Pereira, era prestar personalmente el servicio de enfermería para la cual fue vinculada desde el 21 de diciembre de 2015, lo cierto fue que la accionante acreditó en debida forma y durante todo el tiempo que no acudió al hospital los presupuestos sustanciales para la concesión de dicha licencia.

(i) En relación con la *gravedad* de la situación familiar, a partir de la información consignada en la historia clínica del menor de edad, consistente en más de 500 folios, esta Sala advirtió con facilidad los hechos que le impedían a la accionante presentarse a su lugar de trabajo. Todos relacionados con el delicado estado de salud de su hijo de un año y tres meses de edad, para aquel entonces. Sobre el particular, con conceptos clínicos de los médicos tratantes, se demostró que desde el mes de mayo de 2017 el menor de edad fue diagnosticado con un complejo cuadro de enfermedades físicas, como ocurrió con la disfunción hepática inicialmente presentada, la hepatitis autoinmune y la aplasia medular, que aun cuando fue inicialmente tratado en Pereira, en razón de la complejidad del caso, debieron trasladarlo a la Fundación Valle del Lili. Allí, con soporte en la misma historia clínica, se pudo advertir no solo el

proceso de hospitalización del menor de edad, las cirugías para el trasplante y pos trasplante de la médula ósea, sino además los cientos de medicamentos prescritos, valoraciones médicas y exámenes diagnósticos para el tratamiento de su situación que adviertan, con total facilidad y certeza, la gravedad de la calamidad doméstica.

(ii) También expuso la accionante el impacto negativo sobre sus condiciones materiales y morales. En particular, el hecho de que tuvo que trasladarse de la ciudad de Pereira, lugar de su residencia y donde se encontraba su lugar de trabajo, al municipio de San José de Cali, a fin de que el menor pudiera contar con un tratamiento médico integral; sitio en el que no contó con una red de apoyo familiar o de amistades que le permitieran asegurarle un cuidado adicional al menor. Pero, especialmente, la Corte advierte la imposibilidad fáctica de dejarlo al cuidado de una tercera persona, pues además del estado crítico de salud, la accionante era la única donante de la médula ósea y, por ende, tenía que asistir a controles previos, durante la cirugía y en la evolución del procedimiento quirúrgico.

Tampoco puede omitir la Corte el evidente impacto emocional, psicológico y afectivo que representa para la accionante que su hijo de un año y tres meses de edad se encontrara en un riesgo inminente de perder de su vida, según los reportes efectuados en la historia clínica. Para la Sala es claro que cuando la licencia se solicita por una situación libre y voluntaria del trabajador, las circunstancias de valoración por parte del empleador varían y, en consecuencia, queda autorizado para adoptar la decisión de manera discrecional. Sin embargo, en un caso como el que ahora se analiza, donde la situación del menor era un evento fortuito y desafortunado, que no solo rompía con la unidad familiar sino, justamente, la composición de la misma, resulta reprochable que la entidad desconociera tales supuestos fácticos.

5.4. Aunque en razón de los anteriores presupuestos fácticos la parte demandada le otorgó a la accionante una licencia ordinaria no remunerada en el período comprendido entre el 13 de mayo y el 14 de octubre del año 2017, lo cierto es que, en el marco del caso concreto y a luz de los mandados constitucionales que le obligan al empleador a actuar de forma humanitaria y solidaria, el Hospital accionado omitió conceder a la accionante la licencia por el tiempo necesario para acompañar al menor de edad, al menos, en el proceso de hospitalización en la Fundación Valle del Lili. De este modo, al existir ciertas circunstancias fácticas excepcionales, era válido suponer que la entidad le reconocería la licencia por el tiempo necesario, en especial, teniendo en cuenta que:

(i) El menor de edad estuvo internado en la Fundación Valle del Lili desde el 13 de mayo hasta el 24 de noviembre de 2017, fecha en la cual el oncólogo pediatra le autorizó el tratamiento médico ambulatorio. Sin embargo, como informó el propio Hospital, a través de la Resolución No. 996 de septiembre de 2017, se le concedió la última licencia hasta el 14 de octubre del año en cuestión, es decir, un mes antes de la salida del menor de edad.

(ii) La decisión del hospital accionado de denegar, mediante la Comunicación del 9 de noviembre de 2017, la solicitud de prórroga de la licencia laboral pedida a través del derecho de petición de fecha 25 de octubre, argumentando que el Decreto 1083 de 2015 no lo autoriza a otorgar una licencia superior a 90 días, cuando lo cierto era que al menor de edad, según se acreditó a través de la historia clínica, todavía no se le había realizado el trasplante de médula ósea. Además de lo anterior, la decisión del hospital, en la misma fecha, de citar a la accionante a descargos por la presunta ausencia injustificada, cuando la misma allegó las pruebas que demostraban la hospitalización del menor de edad e incapacidades médicas hasta el 15 de noviembre de 2017.

(iii) La consideración de la entidad accionada de declarar, mediante la Resolución No. 1174 de 2017, la vacancia del cargo de la accionante a partir del 16 de noviembre del mismo año, argumentado la ausencia injustificada de la accionante de su puesto de trabajo, cuando revisadas las pruebas en su conjunto, se tiene certeza de que el 10 de noviembre al menor tuvieron que realizarse un nuevo trasplante, el 14 de noviembre presentó un cuadro de infecciones y, solo hasta el 24 de noviembre se autorizó su salida de la fundación.

(iv) Y, finalmente, el hecho de que en la Resolución No. 1028 de 2008, por medio de la cual se adopta el Reglamento Interno de Trabajo del Hospital San Jorge, consagra la calamidad doméstica como una de las causales para la obtención del permiso laboral, inclusive, advirtiendo que el trabajador tiene derecho a informar antes o después de los hechos, “según lo permita las circunstancias”⁴⁴.

5.5. Ahora bien, como quedó consignado en las consideraciones de la presente providencia, la obligación que recae en el hospital, según la cual le correspondía reconocerle a su empleada la licencia a causa de la calamidad doméstica por el tiempo necesario para superar la gravedad de la situación, no le representa, en sí misma, el deber de remunerarla durante todo el período que la accionante tuvo que ausentarse involuntariamente de su lugar de trabajo. Al respecto, se reitera, que lo que correspondía como empleador, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, era otorgar un lapso razonable de remuneración para que la trabajadora pudiera superar su crítica situación familiar sin ver afectado su derecho a percibir un salario en el momento que más necesidad tenía⁴⁵. Sin embargo, de los elementos de juicio presentados se advierte que el Hospital, a través de las distintas resoluciones, lo que autorizó fue licencias no remuneradas por todo el tiempo que la menor de edad se encontraba por fuera del lugar de trabajo, sin conceder, al menos, un lapso de

⁴⁴ Específicamente, el artículo 22 del Reglamento Interno de Trabajo del Hospital San Jorge establece que: “(...) concederá a sus trabajadores los permisos necesarios para el ejercicio del derecho al sufragio y para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, para concurrir en su caso al servicio médico correspondiente, para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización y para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE y a sus representantes. (...) La concesión de los permisos ates dichos estará sujeta a las siguientes condiciones: 1. En caso de grave calamidad doméstica, la oportunidad del aviso puede ser anterior o posterior al hecho que lo constituya o al tiempo de ocurrir éste, según lo permita las circunstancias (...)”.

⁴⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015.

tres días de remuneración al mes a causa de la grave calamidad doméstica, según lo establece el propio Decreto 1083 de 2015, citado como fundamento de los actos administrativos.

En consecuencia, la Sala encuentra que el hospital tampoco cumplió con el deber de responder con un lapso razonable de remuneración al otorgamiento de la licencia por grave calamidad doméstica. Lo que le correspondía al hospital, como ya se explicó, era adoptar una decisión que armonizará, de un lado, la gravedad de la calamidad doméstica en sí misma considerada y la imposibilidad de conjurarla en determinado plazo, así como la ausencia de otros familiares o amigos que contribuyan a superarla y, de otro lado, el grado de la afectación para el trabajo y la entidad. Sin embargo, nada de ello ocurrió, frente a la posibilidad o no de remuneración.

5.6. *En consecuencia*, con fundamento en la situación fáctica descrita y a partir de los elementos de juicio obrantes en el expediente, la Sala de Revisión considera que la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira vulneró los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la accionante, así como desconoció los principios de interés superior de los niños y de solidaridad social, al haber omitido reconocerle a la actora una licencia por grave calamidad doméstica por el tiempo necesario para, al menos, cuidar a su hijo durante el período de hospitalización en la Fundación Valle del Lili, gozando en dicho momento de un lapso razonable de remuneración, como lo establece la propia doctrina constitucional⁴⁶. Dicho de otro modo, que el nominador no le hubiera reconocido la licencia por el tiempo necesario para, al menos, contrarrestar la gravedad de la calamidad y, al contrario, constituya la razón de ser para desvincularla del empleo, conduce no solo a desconocer garantías labores de rango constitucional, sino también otros derechos fundamentales, como el mínimo vital. Además, de desconocer la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuya protección y asistencia exige la corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad.

5.7. Constatada la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora le corresponde a la Sala adoptar el remedio constitucional pertinente. En el escrito de tutela la señora Zapata Pinto solicitó que le fuera autorizada la prórroga de la licencia, acreditando como justa causa la grave calamidad doméstica debido al estado de su hijo menor de edad y que, por lo tanto, su situación familiar no la llevara a desvincularse de su lugar de trabajo. Sin embargo, analizadas las pruebas aportadas durante el período de revisión ante esta Corporación, tanto por la parte accionante como por el Hospital San Jorge de Pereira, la Corte tuvo claridad del cambio en la situación administrativa de la empleada, quien fue declarada insubsistente a partir del 16 de noviembre de 2017. De modo que, para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados por la entidad, no resulta adecuado ordenar la prórroga de la licencia, sino que debe abarcar un aspecto mayor: la orden de vincular a una empleada temporal que fue declarada insubsistente por la ausencia –en criterio de la entidad- injustificada.

⁴⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-930 de 2009, T-489 de 2014 y T-113 de 2015.

En relación con la posibilidad de que el juez de tutela pueda fallar *ultra y extra petita*, la Corte ha indicado en pacífica jurisprudencia que debido a la naturaleza constitucional del recurso de amparo el juez de tutela no debe circunscribirse únicamente al estudio de las pretensiones que exponga el accionante, sino que su actuación debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos superiores. Por esta razón, le corresponde a esta Corporación “desplegar sus poderes en forma activa con el fin de que pueda deducir de los hechos y de las pretensiones la verdadera fuente de la vulneración de los derechos fundamentales, pese a los defectos de técnica o de claridad de la demanda”⁴⁷. Así, la función del juez constitucional no se agota en la formalidad de las materias explícitamente expresadas en la tutela, sino que también debe analizar todas aquellas cuestiones que se desarrollan dentro del proceso serían previsibles.

Bajo este entendimiento, la Sala considera que en este caso puntual era razonablemente previsible que el Hospital San Jorge declarara la vacancia del cargo de la enfermera tutelante, al negarse previamente a prorrogarle la licencia sosteniendo el límite temporal previsto en el Decreto 1083 de 2015 y, en consecuencia, iniciar el trámite administrativo de descargos por el presunto abandono injustificado del cargo. Por lo que tal circunstancia, para la Sala, constituye una consecuencia cierta de la negativa a otorgarle la licencia por el tiempo necesario para, al menos, superar la gravedad de la enfermedad del menor, como ya se explicó. De hecho, en el caso concreto no se aprecian mayores argumentos por parte de la administración del Hospital para declarar la vacancia del cargo que hubieran tenido como punto de discusión un elemento adicional al reconocimiento o no de la licencia a causa de la calamidad doméstica.

Sobre el particular, la entidad se limitó a indicar que después de la citación a descargos y la realización de la respectiva audiencia, efectuada el 4 de diciembre de 2017, a través de la Resolución No. 1174, declaró el abandono del cargo argumentando que (a) le fue concedido el período máximo de 90 días fijado en el Decreto 1083 de 2015; (b) las incapacidades médicas no estaban autorizadas por la EPS en que se encontraba afiliada, ni había realizado su transcripción; (c) tampoco acudió de manera oportuna a la citación a descargos por la ausencia no justificada y, finalmente, (d) el cargo desempeñado por la accionante es misional, por lo que se hacía necesario garantizar una prestación oportuna y continua del servicio. De modo que, la resolución no se detuvo a analizar otros problemas de la accionante que admitieran la declaratoria de la vacancia del cargo, sino que todas las razones estuvieron asociadas a su presunta ausencia injustificada en el período que estaba al cuidado de su hijo menor de edad en la Fundación Valle del Lili. De hecho, estima la Sala que no bastaba con afirmar que no se presentó a descargos, ni realizó las transcripciones de las incapacidades, pues en todo caso el fondo de la discusión recaía sobre el mismo escenario que la accionante

⁴⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-429 de 1998, SU-484 de 2008 y SU-515 de 2013.

había expuesto ante el Hospital y acreditado a través de la historia clínica: la grave calamidad doméstica derivada del estado de salud del menor de edad.

Además de lo anterior, la Corte observa que la accionante acreditó, con la historia clínica y la comunicación remitida el 25 de octubre de 2017 al Hospital San Jorge, las razones por las cuales no pudo cumplir con las funciones propias del cargo. De ahí que pueda considerarse que informó, de manera suficiente y anticipada al proceso administrativo en su contra, la situación particular por la cual estaba atravesando y que le impedía reintegrarse a su cargo. De modo que, en virtud del debido proceso administrativo que consagra garantías sustanciales y procesales mínimas, no podía la accionada declararla insubsistente por abandono del cargo, pues, al contrario, se advertía una justificación clara que la eximía de responsabilidad⁴⁸.

5.8. Por ende, la Corte no advierte la existencia de razones objetivas, generales y legítimas que desde el punto de vista fáctico impidan reintegrar a esta empleada de carácter temporal⁴⁹. Al contrario, en vista de las condiciones específicas en que se desarrolló el caso, en esta oportunidad, se estima que sí resulta excepcionalmente admisible su vinculación. Ello por cuanto el origen de la desvinculación no tuvo como fundamento, por ejemplo, la ocurrencia de un proceso liquidatorio o de extensión de la entidad, ni que el cargo que ella ocupaba fuera provisto a través de un nuevo concurso de méritos. De hecho, de la información consignada en el expediente de tutela, se pudo advertir que el cargo que desempeñaba se originó por un proceso de méritos que la entidad desarrolló internamente. Y, finalmente, porque tampoco se advierte que el cargo hubiera sido eliminado, sino que el mismo hace parte de una planta temporal de más de 300 empleados públicos, sobre los que la entidad desarrolla un proceso de formalización con el Ministerio del Trabajo.

5.9. En consecuencia, a fin de asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales transgredidos y, en vista de que en el caso particular no se advirtieron razones objetivas, generales y legítimas para la desvinculación de la accionante, la Sala Tercera de Revisión revocará los fallos que negaron la acción de tutela. En su lugar, mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad, se inaplicara lo dispuesto en los artículos 2.2.5.10.14 y 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015, que sirvieron de base para emitir la Resolución No. 1174 de 2017, pues se trata de disposiciones jurídicas que, en

⁴⁸ Al respecto, la Corte ha insistido en que, al momento de alegar el abandono injustificado del cargo, el empleador debe demostrar el grado de responsabilidad subjetiva del trabajador, pues, en caso contrario, las razones del retiro desaparecen. Así, por ejemplo, indicó en la Sentencia C-769 de 1998, que “abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria”.

⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-499A de 2017.

el marco de la situación límite en que se encontraba la accionante, provocan efectos inconstitucionales⁵⁰. Así, se concederá el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y mínimo vital y, por ende, se ordenará al Hospital accionado que reintegre nuevamente a la planta temporal de la entidad, al mismo cargo o a uno en mejores condiciones.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.-LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR la sentencia proferida el 20 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, que confirmó la decisión adoptada el 10 de enero del mismo año por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, mediante las cuales se negó la acción de tutela formulada por Kelly Carolina Zapata Pinto, en nombre propio y en representación de Martín Mena Zapata, contra la Empresa Social del Estado-Hospital Universitario San Jorge de Pereira. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 1174 de 2017 mediante la cual se declaró el abandono del cargo de la señora Kelly Carolina Zapata Pinto.

Cuarto.- En consecuencia, **ORDENAR** a la Empresa Social del Estado-Hospital Universitario San Jorge de Pereira que, dentro del término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia judicial, inicie las gestiones necesarias para reintegrar a la señora Kelly Carolina Zapata Pinto al cargo que venía desempeñando o a uno en mejores condiciones. En relación con el pago de salarios y demás prestaciones sociales, deberá iniciar el

⁵⁰ La Corte Constitucional ha indicado desde tiempo atrás que la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento que se desprende del artículo 4º Superior y puede utilizarse por cualquier funcionario judicial para inaplicar una determinada norma que, aun cuando se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico, su aplicación al caso específico acarrea consecuencias que no estarían acordes con la Constitución. En palabras del Tribunal, “es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.
Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-450 de 1994, T-1015 de 2005, T-681 de 2016 y T-215 de 2018.

correspondiente proceso ordinario tendiente a definir el alcance de sus derechos.

Cuarto.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaria General