



INSTANCIA: IMPUGNACIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARÍA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS
ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
RADICACIÓN: 76001-4105-006-2020-00132-01

SENTENCIA DE TUTELA No. 039

Santiago de Cali – Valle del Cauca, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020).

IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:

Para el presente caso lo es **MARÍA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS**, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía. No. **66.883.795**.

IDENTIDAD DEL ACCIONADO:

Para el presente caso lo es el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**.

IDENTIDAD DE LOS VINCULADOS:

Para el presente caso lo son quienes integran la lista de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Secretario, Código 440, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 74193 del Sistema General de Carrera Administrativa de la Gobernación del Valle del Cauca, ofertado a través del proceso de selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca.

PRESUNTOS DERECHOS VULNERADOS:

Manifiesta la accionante que se le han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, seguridad social, vida digna, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada.

PRETENSIONES:

Solicita la accionante la protección de sus derechos fundamentales conculcados y, por lo tanto, se le ordene a la entidad llamada al juicio constitucional la reintegre sin solución de continuidad al cargo que venía ejerciendo para el momento de la insubsistencia o uno de igual o mejor categoría, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral y la indemnización por el despido sin autorización del Ministerio del Trabajo.

ANTECEDENTES FÁCTICOS:

En lo que interesa a la acción, refirió la promotora del amparo que laboró en condición de Secretaria al servicio del Departamento del Valle del Cauca en la Institución Educativa Regional Simón Bolívar ubicada en Florida, municipio perteneciente al Departamento accionado.



De igual manera, manifestó que fue nombrada en provisionalidad en el mes de junio del año 2015, continuando su vinculación sin solución de continuidad y en esa misma condición hasta el mes de febrero de 2016, cuando el ente territorial emitió el acto administrativo mediante el cual la declaró insubsistente y, en su lugar, nombró a una persona en propiedad.

Finalmente, indicó que para el momento del finiquito se encontraba investida de una serie de garantías que impedían su desvinculación, como que es madre cabeza de familia, aforada sindical y su condición de salud es calamitosa.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali admitió la acción de tutela, vinculó a quienes integran la lista de elegibles para proveer el cargo en el cual se desempeñaba la accionante y comunicó a los integrantes de la pasiva el contenido del escrito tutelar con el propósito de que se pronunciaran sobre lo manifestado por la promotora del amparo y aportaran o solicitaran las pruebas que consideraran pertinentes.

CONTESTACIÓN DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA:

En lo que interesa al presente asunto, el ente territorial llamado al juicio constitucional manifestó que la desvinculación de la accionante obedeció al concurso de méritos que fuera adelantado con el propósito de proveer las vacantes definitivas que para el momento de la convocatoria se encontraban desprovistas de personal vinculado mediante carrera administrativa.

De igual manera, señaló que la actora no acreditó de manera suficiente la condición de madre cabeza de familia, para el momento del finiquito no se encontraba incapacitada y la condición que ostentaba como aforada sindical no le garantizaba una estabilidad pética, por cuanto este tipo de derechos y garantías ceden ante la vinculación objetiva de las personas que superaron el concurso de méritos.

Por último, afirmó que la accionante no le comunicó previo o para el momento de la convocatoria del concurso que se encontraba en una condición que hiciera surgir una estabilidad laboral en su favor y, que si en gracia de discusión se concluyera que así lo fue, no cuentan con las vacantes para nombrar o trasladar a la promotora del amparo, por cuanto la totalidad de los cargos fueron provistos con personal en carrera.

CONTESTACIÓN LILIANA LENIS CAICEDO:

La señora Liliana Lenis Caicedo intervino en la presente acción constitucional, indicando que se encontraba en el segundo puesto de la lista de elegibles para el cargo controvertido, sin que se pronunciara de manera puntual sobre el caso concreto de la accionante.

CONTESTACIÓN MARÍA CRISTINA ROLDÁN QUINTERO:

La señora María Cristina Roldán intervino en la presente acción, manifestando que era la persona que había sido nombrada en propiedad en el cargo que ocupaba la accionante y que el contacto con aquella había sido escaso, sin que le constara ninguna de las condiciones personales de la promotora.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali, mediante la sentencia No. 043 del 10 de junio de 2020 declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto a su juicio, en síntesis, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es idóneo, no se acreditó un perjuicio irremediable que diera lugar a la procedencia del amparo y la desvinculación obedeció a motivos que son atendibles y justificados.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión de instancia, la parte actora impugnó el fallo de tutela y solicitó se revoque la sentencia recurrida para en su lugar tutelar sus derechos fundamentales, argumentando que la acción de tutela es procedente, por cuanto se encuentra acreditado en el legajo que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es un mecanismo judicial idóneo para la protección de sus derechos, aunado al hecho de que se está ante un perjuicio irremediable debido a su condiciones personales y de salud. De igual manera, se reafirmó en lo dicho en el escrito tutelar.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

Con base en los antecedentes anteriormente expuestos, el Despacho debe determinar si la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para decidir sobre el reintegro de un empleado público y, en caso afirmativo, si hay lugar a ordenar a la entidad llamada al juicio constitucional que reintegre a la accionante al cargo que venía desempeñando para el momento del finiquito o a uno de igual o mayor jerarquía.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL:

La acción de tutela fue establecida en la Carta Política como un mecanismo para la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, sin embargo, fue el mismo constituyente quien precisó que ese mecanismo expedito, preferente y sumario, tendría el carácter de **subsidiario**, motivo por el cual sólo procedería cuando la persona que señala verse afectada no dispone de otro medio de defensa judicial, o disponiendo de aquel, el mismo no es idóneo y eficaz ante la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela pasa a ostentar un carácter **meramente transitorio -no permanente-**.

En ese orden de ideas, el constituyente con la redacción del artículo 86 de la Carta Política limitó la procedencia de la acción de tutela, de manera tal que no se convirtiera en la regla general frente a la resolución de cualquier controversia, sino que por el contrario, fuera la excepción. De ahí que el juez constitucional le está proscrito abrogarse la competencia de los jueces ordinarios, para de una manera expedita y sin el trámite propio de un proceso judicial decidir sobre asuntos que no solo por disposición legal son de competencia del juez ordinario –entiéndase todas las jurisdicciones y especialidades-, sino que requieren por su talante, envergadura y la existencia de situaciones litigiosas, del manejo de las herramientas que se le permiten a las partes en el proceso judicial ordinario y el uso de todos los medios de prueba establecidos en la legislación, pues es claro que ello redundará en un debate



probatorio adecuado y sujeto a contradicción de las partes, lo cual en el trámite de las tutelas no tiene la cabida suficiente, por cuanto los tiempos son cortos y la contradicción es limitada, más cuando las pruebas se decretan en el trámite de la cautela.

En tratándose de controversias en las cuales un empleado público cree lesionados sus derechos subjetivos amparados en una norma jurídica, aquel puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa promoviendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no solo para controvertir la legalidad desde el punto de vista de la violación directa de un dispositivo normativo, sino también para discutir la infracción de las normas en que debía fundarse, el desconocimiento del derecho de audiencia, la falsa motivación o la desviación de poder, entendida la falsa motivación como aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto, y el desvío de poder en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador u obedeciendo a un propósito particular, personal o arbitrario.

En relación con la eficacia de este tipo de procesos, se cuenta con una serie de medidas cautelares que pueden ser solicitadas desde el momento mismo de la presentación del libelo gestor, entre las que se encuentran la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado entre tanto se produce una decisión de fondo. De ahí que, si existe una apariencia de buen derecho, no deberá esperar el promotor del proceso hasta que se emita una decisión de fondo, sino que bastará con que le acredite al juez del conocimiento la procedencia de la cautela deprecada.

Adicional a ello, en aquellos casos en que el demandante aduce la existencia de un fuero de salud erigido con ocasión de unas afectaciones médicas de carácter severo, también cuenta con la posibilidad, **adicional a la medida cautelar de suspensión provisional**, de solicitar al juez de conocimiento modifique el orden y la prelación de turnos en razón a su estado de salud, solicitud que el operador, como toda decisión judicial, deberá estudiar conforme las pruebas que aporte la parte actora de su estado de salud.

Recuérdese en relación con la modificación del orden y la prelación de turnos, que ha sido la propia Corte Constitucional quien ha advertido que la regla según la cual el estudio de los procesos deben ir en el orden en que entraron los asuntos, no es de carácter absoluto, de manera que el juez de conocimiento bajo circunstancias extraordinarias puede establecer excepciones, siempre que las mismas se encuentren justificadas y sean razonables, como lo sería claramente la existencia de quebrantos de salud con el carácter de graves.

Dicho entonces lo anterior en materia de procedencia de la acción de tutela en relación con contiendas entre la administración y empleados públicos, es menester relieves en torno a pretensiones como el reintegro por motivo de estabilidad laboral, que la jurisprudencia Constitucional ha señalado de antaño que tratándose de empleados públicos que se encuentran vinculados en provisionalidad en cargos de carrera, la estabilidad laboral no es pética, sino **relativa o intermedia**, lo que significa que su retiro puede obedecer a la configuración de causales objetivas o para proveer el cargo con una persona que haya superado el concurso de méritos.

En tratándose de los concursos de méritos, ha dispuesto que en caso de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, deberá el nominador aplicar una serie de criterios que permitan que las personas que se encuentran amparados



por una estabilidad laboral sean las últimas en retirarse del servicio. De ahí que lo que se pretende con esta posición jurisprudencial, que por demás, encuentra respaldo en dispositivos normativos como el Decreto Compilatorio 1083 de 2015, no es más, sino que se ponderen las situaciones de los trabajadores, de tal manera que los cargos se provean respetando un orden, de tal forma que los primeros en ser desvinculados del servicios por razón del mérito sean aquellos que no cuenten con enfermedades catastróficas, discapacidades o no sean prepensionados, padres o madres cabeza de familia o aforados sindicales.

Por último, en caso de que la lista de elegibles esté conformada por un número igual o mayor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer y, por ende, el retiro del servicio de la persona amparada se torne perentorio, deberá verificarse por parte del nominador la necesidad de mantener la afiliación al sistema de seguridad social en salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador. Lo anterior, sin perjuicio de lo atinente al principio de continuidad que debe ser garantizado por la entidad de seguridad social en salud.

CASO CONCRETO:

Previo a descender al asunto bajo estudio, corresponde a esta célula judicial verificar si se acreditan los requisitos para la procedencia de la tutela en esta materia y, en caso afirmativo, proceder a estudiar de fondo la controversia constitucional aquí deprecada.

Tenemos entonces que la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, se encuentran satisfechas, como quiera que quien interpone la acción de tutela es quien considera vulnerados sus derechos y en contra de quien se interpone es quien tiene la aptitud legal para responder jurídicamente por la eventual vulneración.

De igual manera, la inmediatez requerida se encuentra satisfecha por no haber transcurrido un período más que prudencial entre el presunto hecho vulnerador y la presentación de la acción constitucional.

Finalmente, en punto de la subsidiariedad, encuentra esta célula judicial que el mismo no se encuentra satisfecho en el presente asunto, teniendo en cuenta que la promotora del amparo sí cuenta con un mecanismo judicial como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez contencioso administrativo, el cual es lo suficientemente idóneo con miras a proteger los derechos irrogados por la accionante, ya que tal como se señaló al momento de abordar el marco normativo y jurisprudencial, en materia contenciosa las partes que concurren al proceso cuentan con herramientas como lo son las medidas cautelares y la prelación de turnos, por lo tanto, en este caso la señora María Ilena puede solicitar la suspensión de los actos que a su juicio le causaron un perjuicio, de tal manera que se restablezca su condición al estado en que se encontraba antes de la conducta vulneradora, por lo menos, hasta tanto se decida de fondo la acción contenciosa.

Ahora, si en gracia de discusión se concluyera que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo para la protección de los derechos deprecados por la accionante, encuentra esta funcionaria que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio con el carácter de irremediable que requiera de medidas urgentes para conjurarlo, ya que no se demostró de una manera clara, precisa y diáfana la **inminencia, gravedad e irreparabilidad** del presunto perjuicio causado por el ente llamado



al juicio constitucional, por cuanto la condición médica actual de la promotora del amparo no es grave y las patologías **vigentes** que la aquejan no son incapacitantes, incurables, no generan un riesgo para su vida, tampoco se encuentran clasificadas como enfermedades catastróficas, raras, huérfanas ni degenerativas, ni mucho menos son incompatibles con la vida laboral. De ello dan fe tanto la historia clínica como las recomendaciones médicas emitidas por el mismo ente territorial (F. 38-64, 330-331).

De igual manera, el hecho de que la promotora del amparo sea madre cabeza de familia y sea retirada del empleo, tampoco ocasiona un perjuicio con el carácter de irremediable en la vida de la accionante y su hijo menor de edad, por cuanto no solo no se acreditó en el legajo que presentara una deficiencia sustancial en materia económica que impidiera a futuro una vida digna, sino que también la prestación del servicio de salud del que venían gozando continuará garantizándose en los mismos términos en que venía siendo prestado en razón al principio de la continuidad.

En ese orden de ideas, se confirmará el fallo de tutela de primer grado en razón a la improcedencia de la acción de tutela para debatir el contencioso traído al juicio constitucional, no sin antes señalar que de haber procedido el amparo como mecanismo judicial, tampoco habría lugar a proteger los derechos irrogados por la parte actora, por cuanto, de una parte, la condición de aforada sindical no era óbice para no ser desvinculada, conforme lo enseña el artículo 24 del Decreto 760 de 2005 y, de otra parte, **todos** los cargos que fueron ofertados bajo la clasificación de Secretario, Código 440, Grado 7 -el cual desempeñaba la actora-, fueron provistos por personas que accedieron en carrera administrativa, pues así se extrae del Decreto 1-2-0408 del 7 de febrero de 2020 (F. 77-88). De manera que el ente territorial accionado, como lo afirmó al descorrer la acción de tutela, no contaba para el momento de la insubsistencia con margen de maniobra alguna, por cuanto no existían vacantes en provisionalidad respecto de las cuales pudiera haber realizado un ejercicio ponderativo como el que se señaló en el marco normativo y jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTIAGO DE CALI VALLE**, actuando en calidad de Juez Constitucional y Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 043 del 10 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Cali.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes en los términos y forma previstos en el decreto 2591 de 1991 Art. 30.

TERCERO: ENVIAR las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Artículo 31 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

PATRICIA LOPEZ MONTAÑO