



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL



Manizales, veintitrés (23) de abril de dos mil veinte (2020).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Acomete el despacho el resolver la acción de tutela promovida por el señor Nelson Cardona Henao, actuando en nombre propio y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales – SINDIEMPLEADO, contra la Alcaldía de Manizales, trámite al que fueron vinculados la Comisión Nacional de Servicio Civil y los señores Leidy Yulieth Pinilla Rojas y Jaime Humberto Montoya Arias.

II. ANTECEDENTES

1. El señor Nelson Cardona Henao actuando en nombre propio y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales - SINDIEMPLEADO, presentó acción de tutela contra la Alcaldía de Manizales en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales *“al fuero sindical en conexidad con la libre asociación, asociación sindical, reunión y manifestación, igualdad y trabajo”* presuntamente vulnerados por la conducta arbitraria e injustificada de la accionada, al haber terminado el nombramiento en provisionalidad como auxiliar administrativo adscrito a la Secretaría de Desarrollo Social de dicha entidad; en consecuencia, solicita se ordene a la Alcaldía de Manizales realizar su reintegro inmediato a las labores que desempeñaba, ello en atención al fuero sindical que ostenta, y por el cual debe recibir una protección especial según lo establece el artículo 1 del Decreto 498 de 2020, en su parágrafo 3; asimismo, solicita que en caso de no encontrarse procedente la anterior petición, se le tutelen sus derechos en forma transitoria, a fin de evitar un perjuicio irremediable en razón al actual estado de emergencia decretado en el país, el cual no le permite acudir a la justicia ordinaria.

La causa petendi. Afirmó el señor Nelson Cardona Henao, en esencia, que en el año 2011 fue nombrado en provisionalidad como auxiliar administrativo de la Secretaría de Desarrollo Social, la cual hace parte de la Alcaldía de Manizales; que desde el mes de julio de 2012, se encuentra afiliado al Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales - SINDIEMPLEADO; siendo elegido presidente de la junta directiva de dicho sindicato en el año 2017, por un período de dos años y reelegido en el año 2019, por un tiempo igual.



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

Expone que en octubre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la Convocatoria Territorial Centro Oriente, para proveer empleos de carrera administrativa para la Alcaldía de Manizales, a través del proceso de selección 691 de 2018, en el cual se inscribió como aspirante para ocupar un cargo definitivo; sin embargo, manifiesta que no superó las pruebas que le fueron aplicadas.

Señala que como presidente de la junta directiva del Sindicato de Empleados Públicos del Municipio de Manizales, elevó petición a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, con la finalidad de obtener concepto atinente al posible retiro de su cargo en provisionalidad, teniendo en cuenta la condición como afiliado al sindicato, y como presidente del mismo. Arguye que como respuesta a la solicitud por él elevada, la Oficina Asesora Jurídica le expuso la protección especial que ampara los trabajadores que ostentan dicho fuero, la cual se extiende a los servidores públicos; asimismo, le explicó el trámite que se debe adelantar ante el juez para que sea autorizado el retiro de un trabajador que exhiba tal calidad, y las excepciones para no tramitar la mentada autorización.

Refiere que presentó la petición antes mencionada también ante la Secretaría de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Manizales, quien le informó que el ingreso a un cargo en carrera o ascenso depende del cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, que los cargos serán provisionados definitivamente con los aspirantes que hayan superado el proceso de selección y que la terminación del nombramiento provisional deberá realizarse mediante acto motivado invocando las causales previstas en la ley para la declaratoria de insubsistencia.

Expone que el Decreto 498 de 2020 modificó el Decreto 1083 de 2015, reconociendo prioridad a los empleados amparados con fuero sindical, estableciendo que en los casos que la lista de elegibles sea igual o superior al número de empleos a proveer, la administración debe adelantar acciones afirmativas frente a los servidores que tengan alguna de las condiciones especiales referidas en dicho decreto, para ser reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes.

Arguye que el día 07 de abril del año que avanza, presentó solicitud como presidente del sindicato dirigida al señor Alcalde de esta Municipalidad, deprecando elementos de protección y exámenes diagnósticos para los funcionarios públicos en atención a la pandemia por virus -COVID 19-, pero que pocas horas después le fue comunicado a través de su correo electrónico la terminación de su nombramiento provisional; situación que a su juicio desconoce lo reglamentado en el referido Decreto 498 de 2020 y vulnera su derecho constitucional al fuero sindical. Finalmente refiere, que el problema jurídico a debatir, no sólo se centra en verificar su afectación personal al fuero sindical, sino que debe buscar las garantías de los derechos



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

fundamentales del sindicato y de los empleados públicos para ser representados (fls. 3 al 24. Expediente Digital).

2. Admitida la acción de amparo, se decretaron las pruebas necesarias para dirimir el asunto, se dispuso la vinculación de la Comisión Nacional de Servicio Civil y de los señores Leidy Yulieth Pinilla Rojas y Jaime Humberto Montoya Arias; y se efectuaron los demás ordenamientos legales pertinentes. (Ver. fl. 79 y 80, ibidem).

2.1. Por auto del 20 de abril de 2020, este Despacho dispuso requerir a la accionada para que realizara en forma completa e integral un pronunciamiento a cada uno de los interrogantes planteados por este Judicial en el auto admisorio. (fl. 182 y 183, del expediente digital).

Notificado de la acción de amparo, el señor **Jaime Humberto Montoya Arias**, expone en esencia que el 13 de agosto de 2010, fue nombrado en provisionalidad para ocupar el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 5, adscrito a la Secretaría de Desarrollo de la Alcaldía de Manizales, que actualmente se encuentra nombrado en propiedad en un cargo de auxiliar, prestando servicios para la secretaria antes mencionada. (fl. 86. Exp. Digital).

Por su parte, la señora **Leidy Yulieth Pinilla Rojas** informa que en el año 2018, la CNCS, divulgó la “*Convocatoria Territorial Centro Oriente- Proceso de Selección No. 691 de 2018 Alcaldía de Manizales*”, en la cual se inscribió para la OPEC No. 68136, Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 5, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Manizales- Caldas; agrega que en la lista de elegibles conformada por la CNCS, ocupó el primer lugar, la cual tomó firmeza el 27 de febrero del año que avanza y que mediante el Decreto 0227 del 11 de marzo del mismo año, le fue notificado el nombramiento, mismo que aceptó dentro del término legal, tomando posesión el pasado 08 de abril de 2020 (fls. 87 y 88. Del expediente digital).

La **Alcaldía de Manizales**, expresa en resumen que en las contestaciones allegadas al presente trámite tuitivo, que se opone frente a las pretensiones, toda vez que las actuaciones administrativas adelantadas por dicho ente municipal fueron ajustadas a la Constitución y las leyes que rigen el asunto; que no existe vulneración por su parte frente a los derechos fundamentales invocados por el accionante, en razón a que la desvinculación no obedeció a represalias por su actividad sindical, sino que dada la necesidad de proveer el cargo que ocupaba el actor en vacancia definitiva, fue reportado a la CNCS, quien es la entidad encargada de reglamentar la carrera administrativa; que para proveer el cargo se acudió a la lista de elegibles constituida mediante concurso de méritos, lo que no constituye un despido sin justa causa.

Aduce que en el caso concreto, el accionante estaba ocupando un cargo en provisionalidad, en virtud a que la persona que ostenta la propiedad en ese cargo fue



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

nombrado en provisionalidad en un cargo de grado superior, pero que fue con ocasión del nombramiento de la lista de elegibles que el titular debió devolverse a su cargo en propiedad desplazando al accionante, situación que no vulnera los derechos fundamentales.

Con relación a la protección especial que deprecia el accionante en virtud al fuero sindical, menciona que según el Decreto 1083 de 2015, señala que ésta solo se aplica cuando la lista de elegibles se encuentre conformada por un número menor de personas al de los empleos ofertados, que en ningún momento se extiende a los eventos en que la lista de elegibles contenga un número mayor de aspirantes al de los empleos a proveer; que además el Decreto 498 de 2020 no es aplicable al presente caso, en razón a que el mismo tiene vigencia a partir del 30 de marzo del año que avanza, calenda que es posterior a la expedición del Acuerdo que aprobó la realización de la convocatoria mediante la cual se proveyó la vacante.

Sin embargo, refiere que dando aplicación al parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, elaboró una base de datos contentiva de todas las personas en situaciones especiales contempladas en dicho parágrafo, e inició las gestiones respectivas para corroborar cada situación en particular.

De igual manera aduce que en el presente trámite tuitivo el accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual resulta improcedente esta acción constitucional; finalmente solicita, se declare improcedente la presente acción de tutela, por no haberse desconocido los derechos fundamentales del accionante y, en consecuencia, solicita se absuelva de cualquier responsabilidad. *(fls. 91 al 102- 110 al 111 y 184 al 187, del exp. digital).*

La Comisión Nacional de Servicio Civil, oportunamente allegó el informe frente a la presente acción de amparo; sin embargo, luego de verificar la contestación, advierte el Despacho que los datos suministrados corresponden a la Oferta Pública de Empleos de Carrera- OPEC- No. 68137, para la cual concursó el señor Nelson Cardona Henao, que es muy diferente a la OPEC discutida en el presente trámite que corresponde al 68136. *(fls. 123 al 129, del exp. digital).*

Pasadas las diligencias a despacho para adoptarse la decisión pertinente, a ello se dispone este juzgador previas las siguientes;

III. CONSIDERACIONES

En los términos del artículo 86 de la Carta Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, toda persona tiene derecho a ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la salvaguarda inmediata de sus derechos



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares (por éstos últimos, en los eventos prevenidos en la normativa), máxime cuando se trata de personas en estado de debilidad manifiesta por condiciones de salud.

1. Aspectos Procesales

Este Despacho es competente para tramitar la presente Acción de Tutela por facultad del artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, por el lugar de ocurrencia de la presunta vulneración del derecho fundamental citado y por haber sido instaurada contra una entidad del orden municipal. Siendo esta la única regla de competencia que el Juez de tutela debe analizar, de conformidad al auto 124 del 25 de marzo de 2009, proferido por el Alto Tribunal.

El señor Nelson Cardona Henao, se encuentra legitimado para instaurar la acción de amparo en nombre propio y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales – SINDIEMPLEADO, por fungir como presidente del mismo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 10 inciso primero del Decreto antes mencionado.

Finalmente, el escrito que suscitó las presentes diligencias cumplió con las exigencias formales contenidas en los artículos 14 y 37, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991.

2. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Subsidiaridad e inmediatez.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional de naturaleza residual y subsidiario, que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y que está encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

El requisito de la **subsidiariedad**, consiste en que la acción constitucional solo procede en aquellos eventos en los que no existe otro mecanismo de protección judicial, es decir, en cada caso particular habrá que analizarse si el accionante cuenta con otros medios de defensa para hacer valer sus derechos constitucionales fundamentales, en caso positivo no será procedente instaurar la acción; al respecto se estableció en la sentencia T-544 de 2013 que *“no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.”*

Es de resaltar que la existencia de otro medio judicial no significa que *ipso facto* sea improcedente o innecesaria la acción de tutela, pues debe analizarse si los demás mecanismos existentes son idóneos para proteger el derecho fundamental invocado o si aquella se interpone como mecanismo transitorio, en efecto, la regla general de la subsidiariedad no tiene aplicación cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; la jurisprudencia ha establecido las características que debe reunir el perjuicio para ser considerado como irremediable, así:

“[...] En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.¹

De igual manera la Corte Constitucional en la sentencia T- 131 de 2007, analizó el principio “*onus probandi incumbit actori*”² en materia de tutela, esto es examinó a quien compete la carga de la prueba en sede de tutela, para lo que hizo relación de los diferentes pronunciamientos, así:

En la sentencia T- 298 de 1993, la corte señaló: “[...] El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes”.

En la sentencia T- 835 de 2000, la Corte Constitucional indicó “[...] Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener

¹ Sentencia T 081 de 2013

² Sentencia T 131 DE 2007. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”.

En tal sentido, el Alto Tribunal Constitucional precisó en la sentencia T- 161 de 2017, que en los casos que el accionante busque el abrigo constitucional con la finalidad de evitar la consumación de un perjuicio, el accionante deberá probar con suficiencia la posible ocurrencia del menoscabo a sus derechos fundamentales, esto es, *“no basta con las simples afirmaciones que haga el tutelante, sino que le incumbe a la parte que lo alega aportar las pruebas que permita su acreditación en sede de tutela”*³, en tal virtud, decantó los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable, así:

- “(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;*
- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;*
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y*
- (iv) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”*⁵

3. El asunto sometido al escrutinio del Juez Constitucional. El caso concreto.

De cara a lo expuesto en la acción Constitucional y atendiendo el precedente judicial al que se hizo referencia, el despacho deberá determinar en primer lugar, i) la procedencia de la acción de tutela frente al trámite administrativo, de cara al principio de subsidiariedad; y ii) verificar si existe una vulneración actual por parte de la Alcaldía de Manizales a los derechos fundamentales cuya protección se implora por parte del señor Nelson Cardona Henao, ello con relación a la finalización del nombramiento que ocupaba en provisionalidad en un cargo en vacancia temporal en dicha entidad, sin tener en cuenta el fuero sindical que ostentaba el accionante, como posible represalia frente a la actividad sindical desarrollada por el actor.

Bajo tal panorama, este judicial vislumbra que el problema jurídico se centra en determinar, en primer lugar, si en el sub-lite se cumple el presupuesto de subsidiariedad; y en segundo lugar, una vez despejada esta vía, establecer *in concreto*

³ Ver Sentencia T-234 de 2014.

⁴ Sentencia T – 427 de 2015- Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo

⁵ Sentencias T-107 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-816 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1309 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

la vulneración a los derechos fundamentales invocados, y cuyo reproche se endilga a la entidad territorial accionada.

En tal sentido, este judicial vislumbra que del material probatorio se desprenden las siguientes situaciones fácticas relevantes:

✚ El señor Nelson Cardona Henao fue nombrado provisionalmente en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Nivel 4, grado 01, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Social de la Alcaldía de Manizales, mediante Resolución No. 1096, expedida el 13 de mayo de 2011, ello en virtud a que el titular del cargo, el señor Jaime Humberto Montoya Arias, fue nombrado en encargo en otro cargo dentro de la misma entidad (*fls. 117 y 118, del exp. Digital*).

✚ El accionante se encontraba afiliado al Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales - SINDIEMPLEADOS, situación que fue dada a conocer al empleador⁶; igualmente se colige que fue nombrado como presidente de dicho sindicato, tal y como se evidencia en la copia del acta de asamblea general de enero 19 de 2019 y de la constancia de registro de modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de la organización sindical, visible a folios 32 al 38 de este cuaderno.

✚ Copias de las respuestas a los derechos de petición otorgadas por la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo (*fls. 26 al 31, Exp. Digital*) y la Secretaría de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Manizales (*fls. 42 al 44. Ibídem*).

✚ Derecho de petición del accionante en calidad de representante del sindicato SINDIEMPLEADOS, frente al Alcalde de esta municipalidad, el pasado 06 de abril del año que avanza (*fls. 39 al 41. Exp. Digital*).

✚ Oficio del 7 de abril de este año, donde le fue comunicado al señor Nelson Cardona Henao la terminación del encargo o nombramiento en provisionalidad por parte de la Alcaldía de Manizales, siendo notificado de dicha terminación a través de correo electrónico (*fls. 48 al 50. E.D*).

✚ Copia de la Resolución CNSC – 20202230032885 DEL 14-02-2020, mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer las vacantes de un empleo público denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 5, identificado con el Código OPEC No. 68136 (*fl. 188 al 190, del expediente digital*).

✚ Decreto 0277 de 2020, mediante el cual la Alcaldía de Manizales dio por terminado el encargo del señor Jaime Humberto Montoya Arias en el empleo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 5, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Social de dicha entidad, y nombró en período de prueba a la señora Leydi Yulieth Pinilla Rojas en el cargo de Auxiliar Administrativa, Cod 407, Grado 5, adscrita a la

⁶ De esto, da cuenta la respuesta otorgada por el Ente Municipal accionado, en su informe de tutela el cual obra de folio 184 al 187 del expediente digital.



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

misma secretaria (fl. 70 al 72. ED); cargo en el cual se encuentra posesionada (fl. 90. E.D.).

✚ Certificación expedida por la líder de Proyectos de la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales, mediante la cual hace constar que a la fecha en la Administración Central Municipal de Manizales, no existen cargos vacantes de Auxiliar Administrativo- Código 407- Grado 5 (fl. 192. E.D.).

4. Analizadas las actuaciones desplegadas dentro del trámite Constitucional, y auscultados los medios de convicción de forma analítica y en conjunto, este despacho atisba que no se acredita en el plenario un perjuicio irremediable para tomar medidas provisionales ni mucho menos definitivas, en amparo de personas de especial protección constitucional, pues, no se aportó prueba idónea que demostrara las circunstancias exigidas por las subreglas creadas por la Corte Constitucional en relación con el referido perjuicio irremediable.

Dicho en otros términos, el accionante al no demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que lo afecte de manera considerable, hace colegir a este judicial que aun cuenta con la vía ordinaria, si efectivamente considera vulnerado un derecho de estirpe laboral o *iusfundamental*. Así lo ha previsto el máximo órgano constitucional al considerar que la “acción de tutela fue regulada en el Artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo judicial autónomo[2], subsidiario y sumario, que le permite a los habitantes del territorio nacional acceder a una herramienta de protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares, según lo determinado en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial[3] que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”. [4]

Puntualmente, en cuanto a la acción de tutela adelantada contra actos administrativos, la posición sentada por este Tribunal ha reiterado que, en principio, resulta improcedente, dado que el legislador determinó, por medio de la regulación administrativa y contencioso administrativa, los mecanismos judiciales pertinentes para que los ciudadanos puedan comparecer al proceso ordinario respectivo y ejercer su derecho de defensa y contradicción,

dentro de términos razonables. En la sentencia T-957 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“(…) la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad”.

Debe tenerse en cuenta que el legislador adelantó un trabajo exhaustivo para la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, con el fin de ofrecer un sistema administrativo que responda de manera idónea y oportuna a los requerimientos de los ciudadanos, todo bajo la luz de la eficacia, la economía y la celeridad, entre otros principios.

En atención a ello, los mecanismos ordinarios deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental. *No obstante, en este caso, se deberá evaluar que el mecanismo ordinario ofrezca una protección “cierta, efectiva y concreta del derecho”[5], al punto que sea la misma que podría brindarse por medio de la acción de amparo[6].”⁷ (Resalta el Despacho).*

Conforme a lo anterior, este Despacho no observa la configuración de un perjuicio irremediable que impacte al señor Nelson Cardona Henao y que, con base en ello, deba inaplicarse el principio de subsidiariedad, pues como se indicó, *ab initio*, corresponde a un criterio Constitucional que caracteriza a la acción de tutela; por tanto correspondía al accionante atestar de conocimiento a este judicial sobre la existencia real de una circunstancia catalogada de irremediable, pues no de otra manera es posible que el Juez de tutela entre a socavar la competencia del Juez Natural; luego ante el incumplimiento de la carga de la prueba, no puede germinar o abrirse paso a la consecuencia jurídica pretendida, incluso en forma transitoria.

Así las cosas, para el caso concreto, existen otros medios ordinarios donde puede desatarse o despacharse los pedimentos del accionante, dado que el legislador estableció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual admite la adopción de medidas cautelares en cualquier tiempo para controvertir la legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, y en este caso lo concerniente a la terminación de la relación laboral germinada en un nombramiento en un cargo provisional, que ocupaba el actor en la Alcaldía de Manizales; advirtiéndose que el medio y el escenario idóneo y eficaz para invocar la protección de las prerrogativas conculcados, según el actor.

4.1. Ahora bien, como se ha venido indicando pese a que la acción de tutela por regla general *“(…)es improcedente contra los actos administrativos, por cuanto existen*

en la jurisdicción de lo contencioso administrativo los medios de control y las medidas cautelares que se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos reclamados.⁸, existen eventos en los cuales la acción de tutela puede proceder incluso en forma definitiva, como cuando se evidencia “(...)que (i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso”⁹; o en forma transitoria cuando “(ii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable”¹⁰.

No obstante, frente al primer evento, esto es, lo relacionado con el debido proceso, luego de analizar el material probatorio adosado al cartulario, nada puede decirse que en las gestiones adelantadas por la Alcaldía de Manizales en lo atinente a la terminación del contrato en provisionalidad del actor, se advierte irregularidad alguna, puesto que éste tuvo conocimiento de la situación administrativa que dio lugar a su contratación, sabía de la modalidad del contrato, y es más en la Resolución 1096 del 13 de mayo de 2011, quedó plasmado que el término del nombramiento en provisionalidad sería por el término de la situación administrativa que lo genera; lo cual conforme al material probatorio obrante en el dossier se da cuando el cargo que fue a desempeñar el señor Jaime Humberto Montoya Arias fue suplido con lista de elegibles con ocasión de un concurso público de méritos, luego era lógico y administrativamente claro, que el referido señor Montoya Arias debía volver a ocupar el cargo que en provisionalidad ostentaba el accionante.

También el actor era conocedor de la existencia del concurso para proveer el cargo en forma definitiva, pues incluso el mismo afirma que tuvo la oportunidad de participar en él, y fue enterado de la terminación del contrato y de las circunstancias que dieron lugar a dicha terminación, razón por la cual es diáfano que no existe vulneración a tal prerrogativa.

En el segundo evento, es preciso iterar que el actor no acreditó una vulneración evidente o amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue a la protección inmediata del mismo, toda vez que no se advierte un criterio contundente como la edad, el estado de salud del accionante o de la familia, o su situación económica que permitan colegir tal necesidad, y si bien el señor Nelson cimenta su afectación en razón a que no puede acudir a la justicia ordinaria por el estado de emergencia decretado a nivel nacional, no lo es menos cierto que una vez éste sea levantado podrá proceder a presentar la acción judicial pertinente si aún considera la vulneración de sus derechos, donde podrá solicitar y aportar las pruebas que corresponda. Sumado a lo anterior, tampoco obra probanza de la afectación o

8 Sentencia T- 427 de 2015.

9 Sentencia T- 161 de 2017. M.P. Dr.

10 Sentencia antes citada.

vulneración que se está causando al Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales - SINDIEMPLEADO, con la desvinculación del cargo, como quiera que la agremiación puede en todo caso elegir un nuevo directivo y continuar con su funcionamiento, conforme a la reglamentación legal que rige el asunto.

4.2. Despejado lo atinente a la procedibilidad de la acción de amparo en el caso concreto, este judicial vislumbra que si en gracia de discusión se diera apertura al disenso planteado por el accionante, las pretensiones incoadas a la postre tampoco saldrían avante, ello bajo los siguientes razonamientos:

La carrera administrativa es el mecanismo previsto por el Constituyente para que todas las personas en forma reglada puedan acceder a los cargos públicos, a través de concursos de méritos y no por la discrecionalidad del nominador. Esa es la premisa mayor prevista en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia cuando consagra que los “empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”. Bajo este parámetro se ha construido el mérito como criterio rector para ingresar a un cargo público en carrera administrativa; sin embargo, cuando los cargos dispuestos en carrera se encuentran en vacancia definitiva o temporal, podrán ser ocupados en provisionalidad, ello mientras se provee el mismo cumpliendo los requisitos de ley o mientras cesa la situación que dio lugar a la vacancia. Tal cargo en provisionalidad, continúa con la misma calidad y naturaleza; no obstante, la estabilidad de que goza el funcionario nombrado es de carácter relativo o intermedio, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, por cuanto si bien tiene una expectativa para permanecer en el cargo, no es menos cierto que no ha superado el concurso de méritos, por tanto, ante la presencia de un mejor derecho como lo es de aquella persona que aprobó todos los requisitos y exigencias en un concurso de méritos, entra a prevalecer la carrera administrativa sobre el nombramiento en provisionalidad.

Dicho en otras palabras, los funcionarios públicos que ocupan un cargo en provisionalidad, también tienen una protección relativa, lo que implica que los actos administrativos de desvinculación tienen que ser motivados, esto es, que la causal de terminación del encargo debe exponerse en forma clara. Además, “(...)la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.¹¹; incluso el Alto Tribunal ha precisado que en los casos que la persona que ocupa el cargo en provisionalidad sea un sujeto de especial protección constitucional debe proceder a realizar el nombramiento de las personas que superaron el concurso, cuidando siempre que en el evento que queden algunas vacantes sin cubrir, dicho sujetos sea quienes permanezcan

11 Sentencia T- 464 de 2019

en ellos, pues en todo caso la entidad deberá adoptar acciones afirmativas dispuestas en la Constitución Política, frente a tales circunstancias; empero, “(...) la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”¹². (Negrita del Despacho)

Bajo este entendido, se tiene que si bien el señor Nelson Cardona Henao gozaba de una estabilidad laboral relativa, por encontrarse vinculado a la Alcaldía de Manizales en un cargo en provisionalidad, dicha protección se extendió hasta que finiquitó la situación administrativa que dio lugar a la contratación, esto es, hasta que el titular del cargo -Jaime Humberto Montoya Arias- debiera regresar al mismo en donde lo reemplazó en el año 2011 el señor Cardona Henao, ello en virtud que el cargo que ocupaba el señor Montoya Arias, fue proveído en carrera en virtud al concurso de méritos, agotándose así el sistema legalmente previsto para hacer la designación y que culminó con el nombramiento y posesión de la señora Leidy Yulieth Pinilla Rojas.

Expresado de otra manera, una mirada objetiva al asunto sometido al análisis constitucional, permite colegir que el accionante ni siquiera fue desplazado directamente por un nombramiento de un registro de elegibles, sino que fue por ocasión de la terminación de la situación jurídica y administrativa en la que se encontraba el titular del cargo.

En cuanto al despido injustificado del actor aludido por pertenecer al fuero sindical, esta afirmación tampoco resulta procedente en atención a que el nominador tan pronto recibe la lista de elegibles debe proceder a hacer el nombramiento a quien corresponda, medida que no se funda como una decisión unilateral del empleador, sino en virtud a un mandato legal. En este punto, es importante resaltar que de acuerdo a la información aportada por la entidad accionada, para dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, realizó un registro de los funcionarios que pudieran demandar una protección especial; también certificó que a la fecha no existe cargo sin proveer, y esta situación no permite realizar una nueva vinculación al aquí accionante. Igualmente informa que a la fecha se encuentra evaluando las condiciones especiales de otros funcionarios con afectaciones en su salud y madres cabeza de familia, lo que da muestras de acciones afirmativas ejecutadas por la accionada, en atención al mencionado decreto.

Finalmente en lo atinente a la protección especial que depreca el señor Nelson Cardona Henao, en virtud a lo regulado al Decreto 498 de 2020, este acto administrativo fue expedido con posterioridad a las circunstancias que dieron lugar a la desvinculación del accionante del cargo en provisionalidad; en tal virtud, dado el principio de ultractividad de la norma, el mismo no resulta aplicable en el presente caso; no obstante, como ya se ha indicado el accionante podrá acudir a la vía

12 Sentencia SU-446 de 2011.



17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

contenciosa administrativa si efectivamente considera vulnerado sus derechos, pues es éste el juez natural de la causa; se itera, en el campo Constitucional no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que permitiera abrir la compuerta al Juez de Tutela para invadir la órbita de competencia del referido juez natural.

En colofón, la presente acción de tutela carece de los argumentos y pruebas suficientes para sustentar y demostrar la inconformidad del accionante, con relación a la existencia de un perjuicio irremediable que diera el aval al Juez de tutela para definir un asunto que debe ser ventilado ante la autoridad contenciosa administrativa.

Conforme a lo esgrimido, se denegará la protección implorada por el señor Nelson Cardona Henao en nombre propio y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales- SINDIEMPLEADO frente a Alcaldía de Manizales.

Finalmente, y por no advertirse vulneración de los derechos conculcados al interesado, por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil, la señora Leidy Yulieth Pinilla Rojas, el señor Jaime Humberto Montoya Arias, éstos serán desvinculados del presente trámite constitucional.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Noveno Civil Municipal de Manizales, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la constitución,

FALLA

PRIMERO.- Denegar el amparo invocado por el señor Nelson Cardona Henao quien actúa en nombre propio y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Municipio de Manizales – SINDIEMPLEADO, frente a la Alcaldía de Manizales, ello por las razones que edifican la motiva.

SEGUNDO.- DESVINCULAR del presente trámite constitucional a la Comisión Nacional de Servicio Civil y a los señores Leidy Yulieth Pinilla Rojas y Jaime Humberto Montoya Arias, por lo considerado en la parte motiva.

TERCERO.- Por la Secretaría, en la oportunidad legal correspondiente, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada, en atención a lo previsto en el artículo 31 decreto 2591 de 1991. En firme la presente providencia, o la que en segunda instancia se profiera, si a ello hubiere lugar, y una vez regrese el expediente de la eventual revisión, archívense las diligencias.

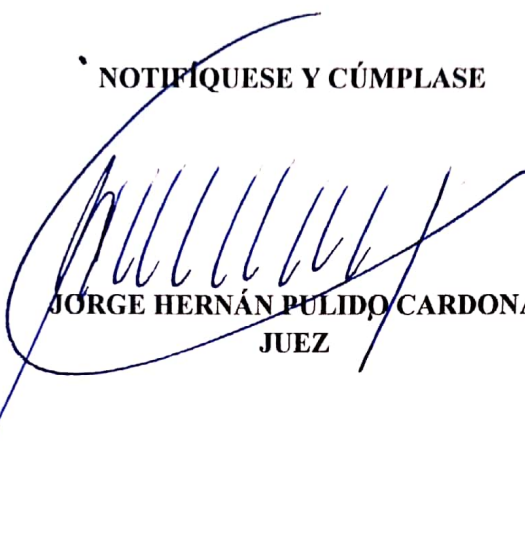


17-001-40-03-009-2020-00183-00

Nelson Cardona Henao y Sindiemplado – Alcaldía de Manizales
Tutela de Primera Instancia

CUARTO.- Notifíquese el presente fallo a las partes en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, ello atendiendo las directrices dadas por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión del estado de emergencia sanitaria decretado por el Gobierno Nacional.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JORGE HERNÁN PULIDO CARDONA
JUEZ