



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL
PALMIRA – VALLE DEL CAUCA**

Sentencia n.º 65

Palmira, Valle del Cauca, primero (1º) de junio de dos mil veinte (2020).

Proceso:	Acción de tutela	
Accionantes:	OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA	C.C. n.º 1.113.634.881
Accionado(s):	ALCALDÍA MUNICIPAL DE PALMIRA	
Radicado:	76-520-40-03-002-2020-00144-00	

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva la acción de tutela instaurada por el ciudadano OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA identificado con cédula de ciudadanía número 1.113.634.881, quien actúa en nombre propio, contra la ALCALDÍA MUNICIPAL de Palmira (Valle), por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, a la vida digna en conexidad con el derecho a la salud y estabilidad reforzada a raíz de un accidente de origen laboral.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Señala el accionante OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA que desempeñaba el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CODIGO 219, GRADO 02 de manera provisional.

Seguidamente afirma que la administración municipal de esta ciudad, tenía pleno conocimiento de su condición especial de protección laboral reforzada, pues aduce que con ocasión de un accidente laboral presentó el diagnóstico de: "*Luxación de hombro izquierdo*".

Por lo anterior, al unísono denuncia que la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta localidad, mediante Decreto n.º 693 del 13 de abril del 2020, lo declaró insubsistente en el cargo que venía desempeñando como consecuencia de la conformación de la lista de elegibles para proveer las vacantes de empleo de carrera administrativa y que fueron ofertados en la convocatoria n.º 437 de 2017, sin tener en cuenta su condición de especial protección constitucional.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicita se ampare sus derechos fundamentales invocados, y en consecuencia de ello, se ordene a la entidad territorial accionada proceda al reintegro en un cargo similar o de mayor grado, se reconozca y pague todos los salarios, aportes a seguridad social, prestaciones sociales y demás emolumentos vigentes al momento del retiro y hasta cuando se materialice la continuidad en el cargo hasta ser valorado y/o rehabilitado como corresponde en caso del accidente laboral.

3. Trámite impartido.

El Juzgado mediante Auto del 18 de mayo de 2020, avocó el conocimiento de la presente acción, ordenando la vinculación de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN DE

TALENTO HUMANO, SECRETARÍA DE DESARROLLO INSTITUCIONAL; SECRETARIA DE PARTICIPACIÓN COMUNITARIA del municipio de Palmira; MINISTERIO DEL TRABAJO; INSPECTOR DEL TRABAJO de esta ciudad; COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; LUZ AMPARO CARDOZO CANIZALEZ en calidad de presidente de la CNSC; CLAUDIA PRIETO TORRES en calidad de GERENTE DE CONVOCATORIA de dicha entidad; al SINDICATO UNITARIO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO -SUNET; a la SECRETARÍA GENERAL adscrita a la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad; a la Gestión de Seguridad y salud en el Trabajo SGSST adscrita a la Alcaldía de Palmira; a la EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. ARL; FUNDACIÓN VALLE DEL LILI; CLÍNICA PALMA REAL; CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS; EPS SANITAS y RIESGOS PROFESIONALES COLMENA SA COMPAÑIA DE SEGUROS DE VIDA.

Así mismo, se dispuso la notificación del ente accionado y vinculados, para que previo traslado del escrito de tutela se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa en el término de tres (3) días, comunicándose por el medio más expedito.

Seguidamente, por medio del auto de fecha 22 mayo del 2020, se ordenó la vinculación de CAROLINA FIGUEROA FLÓREZ, persona que ocupó el cargo en propiedad por concurso de méritos que aquí se discute, y a quien se le concedió un término respectivo para que se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela y allegaran las pruebas que considerara pertinentes.

4. Material probatorio.

Se tienen como pruebas aportadas con el libelo tutelar, las siguientes:

- Copia simple de cédula del accionante
- Copia simple del reporte de accidente laboral
- Copia simple de Historia Clínica
- Copia simple de Decreto 693 de 13 abril 2020 (insubsistencia)
- Copia simple de NOTA INTERNA TRD-2020-171.6.22.40 de fecha 27 de enero 2020 (Recomendaciones Médico Laborales)
- Copia simple de órdenes médicas generadas por la ARL LA EQUIDAD, de fecha 15 de mayo 2020 y orden de cita de control en dos meses
- Cinco copias simples de valoración de desempeño laboral excelente, desde 2018 a 2020, proferidas por los Profesionales DIEGO FERNANDO SAAVEDRA PAZ y LUZ ADRIANA VASQUEZ TRUJILLO
- Copia simple de autorización examen de electromiografía y neuroconducción miembro superior izquierdo de la ARL y confirmación de la cita por parte de la Fundación Clínica Valle del Lili
- Copia simple de Resolución No. 4970 del 24 de marzo 2020 de la CNSC
- Copia simple de Resolución No. 5265 del 13 de abril 2020 proferida por la CNSC
- Reporte del Historial Clínico de fecha 14 de febrero 2020, dirigido a Beatriz Eugenia Orozco Parra, Subsecretaria de Gestión del Talento Humano, con el radicado número 20200003562

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

La apoderada general de Colmena Seguros, en su contestación afirmó que de acuerdo a la consulta efectuada en el sistema de información, se evidenció que el accionante no se encuentra afiliado a esta administradora de riesgos laborales; sin embargo, el mismo registró que estuvo afiliado por el período del 16 de enero del 2016, hasta el 31 de marzo del 2016, a través del Municipio de Palmira, fecha a partir de la cual su empleador junto con todos los trabajadores se trasladó a otra administradora de riesgos laborales.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social, frente a la acción de tutela interpuesta por los accionantes, indicó que no niega ni se opone a que se conceda el amparo constitucional deprecado, dado que ninguno de los hechos ni de las pretensiones invocadas se desprende mención alguna en contra del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial Valle del Cauca, igualmente el petitum no hace alusión a trámite alguno que se haya surtido por las partes ante la mencionada autoridad administrativa y que por expresa disposición legal –artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo- la entidad no es competente para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión como lo es en el presente caso, esta atribuida exclusivamente a la justicia ordinaria.

El apoderado general de Equidad Seguros de Vida O.C., refirió en su contestación que el accionante cuenta con una afiliación desde el 1º de abril del 2016 hasta el 13 de abril del 2020, por lo que en la actualidad se encuentra retirado.

Agregó que, de conformidad con el módulo de Accidentes de trabajo y enfermedad Profesional, se evidencia que ocurrió siniestro n.º 446678, mediante el cual se indica que el accidente laboral ocurrió el 10 de enero de 2019, con las siguientes características: *"Aproximadamente a las 8:30 a.m. Salí del baño que queda en el camerino del segundo piso del CCGBM y me disponía ir al primero piso del CCGBM a entregar las llaves al encargado del lugar (Cucalon) y posterior ir al 8 piso del CAMP. Al bajar las gradas, me resbalé y por no golpearme más fuerte, puse las manos para amortiguar la caída, pero con mala fortuna que caí mal y sufrí una luxación en el hombro izquierdo".*

Por lo que se le dio el tratamiento en debida forma, por lo que su entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

La Subsecretaria de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Palmira, afirma que la acción de tutela es improcedente toda vez que, el cargo ocupado por el accionante fue provisto en condición de provisionalidad, situación que ostentó durante su permanencia laboral al servicio de la Alcaldía Municipal de Palmira y hasta su fenecimiento. Igualmente aduce, que, el fundamento jurídico del Decreto n.º 693 del 13 de abril del 2020, por medio del cual se le declaró insubsistente, fue emitido y motivado en cumplimiento del deber legal que se les impone a las entidades del Estado para proveer los cargos vacantes o en provisionalidad, ofertados y asignados como resultado de un concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, como lo fue la convocatoria n.º 437 de 2017 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuya lista de elegibles quedó en firme el pasado 31 de enero de 2020.

Manifiesta además que, es claro que la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo ni adecuado para controvertir los referidos Decretos, pues si los cuestionamientos apuntan a la existencia del acto administrativo por desconocimiento de una situación en particular o por ausencia o falta de consideración de un procedimiento administrativo específico para el confeccionamiento o perfeccionamiento del referido acto, debieron impetrar la acción procesal correspondiente e idónea, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez naturalmente competente, que no es otro que el Contencioso Administrativo, y siendo así, la acción deviene improcedente ante la existencia de otro medio de defensa judicial.

Informa también que el cargo ocupado por el accionante, fue proveído mediante Decreto n.º 300 del 14 de febrero del 2020, por medio del cual se posesionó la concursante CAROLINA FIGUEROA FLOREZ, quien resultó ser la persona que, tras superar las pruebas y etapas de la convocatoria, obtuvo el primer puesto en la lista de elegibles, demostrando con ello que la Administración Municipal de Palmira ha obrado con absoluta responsabilidad y respeto hacia los derechos de sus servidores y de los integrantes de la Administración Local que ganaron las etapas de la Convocatoria 437 de 2017, honrando sus expectativas y derechos adquiridos.

Igualmente, indica que ciertamente la Administración Municipal durante el año inmediatamente anterior promulgó los decretos 087 del 16 de mayo, "Por medio del cual se crean unos empleos", 088 del 17 de mismo mes "Por medio del cual se adopta el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleos creados y modificados a través del Decreto 087 del 16 de mayo de 2019 dentro de la administración central del Municipio de Palmira" y 197 del 18 de noviembre de 2019 "Por medio del cual se ajusta la naturaleza jurídica de unos empleos de la planta de cargos de la Administración central del Municipio de Palmira", de los cuales, como bien lo señalan los accionantes y se corrobora con los documentos de carácter público anexados, se promulgaron en el pasado año 2019, esto es, con posterioridad a los acuerdos con los que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó al concurso abierto de méritos 437 de 2017, por ende; no puede imputársele a la nueva administración desconocimiento de las normas que regularon el concurso, y mucho menos insinuar que se ocultó o tergiverso información a la CNSC sobre el total de cargos a ofertar.

Considera que, resultaría absolutamente impertinente e improcedente pretender desconocer los derechos de alguno de los servidores que fueron nombrados en provisionalidad en cualquiera de los cargos creados y/o modificados por la Administración en virtud de los decretos municipales 087, 088 y 197 de 2019, para que a través de la acción constitucional fuera retirado alguno de ellos para dar paso así a la reubicación pretendida por los accionantes, tal aspiración emerge absolutamente ilegal e inconstitucional, principalmente porque quienes ocupan tales cargos, primigeniamente no lo hacían en provisionalidad para la fecha en que nació la obligación del Municipio de ofertarlos, sencillamente porque para ese preciso momento temporal los referidos cargos o no existían o eran de libre nombramiento y remoción, reiterando que esa creación o modificación de la naturaleza de su vinculación, se dio con sucesión a la convocatoria 437 de 2017.

Manifiesta que, es consciente que excepcionalmente se permite que los empleos de carrera se provean por servidores nombrados en provisionalidad, sin que ello implique que su retiro del servicio pueda hacerse de forma distinta a los de carrera, es decir, que la provisionalidad no crea una "equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional de nominador" sino que esa estabilidad laboral relativa o intermedia que se crea, "... se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública".

Además de esto, partiendo de la premisa que quienes ocupaban los cargos mencionados lo hicieron en provisionalidad en virtud de decretos que ostentan presunción de legalidad y que no han sido retirados del ordenamiento, siendo procedente el retiro de este régimen solo a través de la expedición de acto administrativo debidamente motivado en donde se expongan razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley.

Arguye que, ante esta realidad, garantista, la Alcaldía Municipal de Palmira considera que se erigiría como desacierto jurídico contemplar la sola posibilidad de retirar del servicio a alguno de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cualquiera de los cargos creados o modificados por los decretos 087, 088 y 197 de 2019 sin que medie la satisfacción de las medidas proteccionistas que la ley contempla, además de esto, dichas personas ostentan un derecho adquirido en cuanto a la observancia y respeto por la normas que regulan su retiro del servicio público, que de ninguna forma puede ser desconocida para satisfacer intereses particulares.

Manifiesta que, es consciente que excepcionalmente se permite que los empleos de carrera se provean por servidores nombrados en provisionalidad, sin que ello

implique que su retiro del servicio pueda hacerse de forma distinta a los de carrera, es decir, que la provisionalidad no crea una *"equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional de nominador"* sino que esa estabilidad laboral relativa o intermedia que se crea, *"... se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública"*.

Indica que, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de tutela, el actor afirma encontrarse subsumido en una condición de vulnerabilidad e invoca la figura de la estabilidad laboral reforzada y aunque no existen elementos facticos que lleven a inequívoco convencimiento de la configuración de tal estado de vulnerabilidad, la Administración respetuosa de los derechos de los ciudadanos, servidores y ex servidores, tras verificar la imposibilidad administrativa de reubicación o traslado del actor, por inexistencia de cargo alguno, equivalente o superior, conforme a la certificación expedida por la Subsecretaria de Gestión de Talento Humano, el 11 de marzo de 2020 y la ausencia de recursos económicos para la creación de nuevos cargos, conforme al oficio 2020-140.8.1.250 de la misma fecha elaborada por la Subsecretaria Financiera de la Secretaria de Hacienda, optó por observar los lineamientos dados por el máximo Tribunal de cierre constitucional a través de la sentencia T-096 de 2018, garantizando la continuidad en la afiliación al sistema de seguridad social en salud para aquellos servidores que, encontrándose en alguna situación de vulnerabilidad o amenaza, por causa de su condición de salud, debieron ser retirados del cargo que ocupaban en provisionalidad en virtud de los resultados del concurso de méritos 437 de 2017, puesto que no superaron las etapas o pruebas para acceder a un cargo en carrera administrativa a través del mérito, encontrándose dentro de los posibles servidores beneficiarios de esta medida proteccionista el accionante, si acredita la misma.

En cuanto a la garantía del fuero sindical contemplado en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, a que aludió el actor ante la Administración Municipal, y que fue resuelta en el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, advirtió que la misma no emerge como una herramienta de uso individual que garantice la estabilidad laboral de un trabajador o servidor, el espíritu del fuero sindical es ser una herramienta de la organización sindical que permita el libre y autónomo ejercicio de la actividad sindical, indistintamente de quien lo ostente.

En otras palabras, pretender invocar el fuero sindical para buscar una perpetuidad en el cargo, obteniendo beneficios individuales, desnaturaliza su propósito; ahora bien, tratándose de servidores con fuero sindical pero que ocupan cargo en provisionalidad que son ofertados a concurso de mérito, el artículo 24 de la Ley 760 de 2005 preceptúa:

"No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito".

Esta preceptiva fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 1119 de 2005, en los siguientes términos:

"(...) 5. El retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad no requiere autorización judicial. Conexidad entre

el retiro del servicio en esas condiciones y la provisión de empleos mediante concurso público de méritos, como asunto propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125)

De acuerdo a la citada norma y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, advirtió el memorialista que la Administración obró de conformidad con los lineamientos legales y constitucionales dictados para tales eventos, sin que se considere que su actuar fue desbordado, ilegal o conculcatorio de las prerrogativas superiores de los trabajadores en tales circunstancias, pues ante la provisión de cargos como resultado de un concurso de méritos, el fuero sindical no otorga ninguna protección especial.

De otro lado, y respecto al requerimiento que efectuó el despacho, en lo atinente a la aplicación de la Resolución n.º 4970 del 24 de marzo del 2020, indicó que el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 491 del 28 de marzo del 2020, el cual por jerarquía tiene prelación frente a los términos de suspensión que se previeron en la aludida Resolución y; en el que fue ordenado, lo siguiente:

"Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.*

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia. (Subrayas fuera del texto original)

El representante legal suplente para asuntos procesales de la FUNDACIÓN VALLE DEL LILI, en su contestación refirió que, el accionante ha sido atendido en las instalaciones de su representada en dos oportunidades, siendo la última el día 11 de marzo del 2020 por la especialidad de ortopedia, bajo el cubrimiento de La Equidad Seguros de Vida; en lo atinente a la pretensión de reintegro del accionante, advierte que la misma está enfocada en contra de la accionada, sin relación alguna con las funciones que le atañen a quien representa, configurándose así la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Secretaria de Educación Municipal, manifestó que, dando alcance al oficio del 18 de mayo del 2020, por medio del cual se admitió el presente asunto de tutela, y le fue requerido que brindara información completa de la persona nombrada y

poseionada en el cargo que venía desempeñando el accionante; indicó la persona tutelante no parece en la base de datos de su dependencia, ya que esta persona pertenecía a la planta Central de la Alcaldía Municipal de esta ciudad.

El administrador de SANITAS EPS, indicó en su contestación que el accionante, se encuentra retirado, y el mismo ostentaba la calidad de cotizante dependiente del empleador MUNICIPIO DE PALMIRA, con un ingreso base de cotización dependiente de \$3'270.000 y que a la fecha cuenta con 15 semanas de antigüedad ante el SGSSS.

Agregó que, en lo atinente a los hechos y pretensiones, el área de medicina laboral de su representada, informó lo siguiente: "EL USUARIO OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA CC 1113634881 SE ENCONTRABA AFILIADO COMO COTIZANTE DEPENDIENTE DE LA EMPRESA MUNICIPIO DE PALMIRA NIT: 891380007 DESDE 09-01-2020 HASTA 13-05-2020. EN LA BASE DE DATOS DE INCAPACIDADES, NO SE ENCUENTRAN INCAPACIDADES TEMPORALES RADICADAS A NOMBRE DEL USUARIO OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA CC 1113634881 EPS SANITAS NO HA SIDO NOTIFICADO SOBRE CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO DEL SEÑOR OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA CC 1113634881.

LA EPS SANITAS NO SE ENCUENTRA REALIZANDO CALIFICACIÓN DE ORIGEN EN PRIMERA OPORTUNIDAD AL SEÑOR OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA CC 1113634881. TAMPOCO SE POSEE REPORTE DE INDICIO DE PROFESIONALIDAD O ESTRUCTURACIÓN DE PATOLOGÍAS QUE REQUIERAN CALIFICACIÓN DE ORIGEN".

El Representante de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), señala que es el máximo órgano en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas específicos de carrera administrativa de origen legal, pero no co-administra relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que presenten las entidades; en consecuencia, la queja de los accionantes es competencia de la Alcaldía Municipal de Palmira.

Manifiesta que, es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del pre-pensionado, madre de cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible, aunado a lo anterior, precisa que la vinculación que ostentan los accionantes en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de méritos.

Indica que, a partir del 16 de enero de 2020 del presente año, la CNSC procedió a la expedición de las listas de elegibles de los empleos ofertados en el marco del proceso de selección 437 de 2017 – Valle del Cauca, y en virtud de lo anterior, a la fecha hay elegibles con los derechos adquiridos a ser nombrados en el empleo al cual se postularon, lo cual debe cumplir la entidad.

Frente a los accionantes, asegura que algunos participaron en la convocatoria, sin embargo, no lograron superar la etapa de pruebas escritas, por lo que concluye que, las pretensiones de la acción constitucional frente a la Comisión no surten efecto alguno, dado que se ha cumplido a cabalidad las reglas del concurso hasta la firmeza de las listas de elegibles, lo concerniente a los procesos posteriores como, nombramientos en periodo de prueba, forman parte de las actuaciones debidas por las instituciones nacionales involucradas en el proceso, en virtud de ello, peticona despachar desfavorablemente la solicitud, debido a que no ha vulnerado en ningún sentido derechos fundamentales, al paso que suplica la improcedencia del amparo.

CAROLINA FIGUEROA FLOREZ, en respuesta dada al despacho, indicó que después de culminadas todas las etapas del proceso de selección n.º 437 del 2017, fue nombrada en período de prueba mediante decreto n.º 300 del 14 de febrero del 2020, en la administración central del Municipio de Palmira.

II. Consideraciones

a. Procedencia de la acción

Como condición previa es necesario examinar si se dan en el caso bajo estudio los presupuestos procesales para dictar el fallo.

Competencia

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991, artículo 37, reglamentado por el Decreto 1983 de 2017, artículo 1º, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad accionada.

Legitimación de las partes:

En el presente caso, el señor OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA a nombre propio, presentó la acción de amparo con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, razón por la cual se estiman legitimados para actuar en el presente proceso (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

La acción está dirigida en contra de la ALCALDÍA MUNICIPAL de este municipio, por lo que, al tratarse de una entidad de carácter pública, a la que presuntamente se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública.

Inmediatez

El artículo 86 constitucional establece que la tutela procede para la "*protección inmediata*" de los derechos fundamentales del accionante. Con respecto al requisito de inmediatez, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial, contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales, debido a que el requisito de inmediatez tiene como propósito el de preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como "*un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados*"¹. En este sentido, la Corte ha manifestado que no existen reglas estrictas e inflexibles a la hora de determinar la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable².

En el presente caso, el despacho puede corroborar que se cumplió con el presupuesto de inmediatez, toda vez que el accionante interpuso la acción de tutela, una vez transcurrido un mes aproximadamente, después de haber sido notificados de la resolución que dio por terminada su relación laboral con el ente territorial.

Subsidiariedad:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, lo cual implica que procederá en aquellos casos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa

¹ Sentencia T-091 de 2018 y Sentencia SU-391 de 2016.

² Sentencia SU-391 de 2016.

judicial o cuando, de existir tal mecanismo, este no resulta eficaz, o cuando se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable³.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, la Corte ha manifestado que *"excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante"*⁴.

De esta manera, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos, cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que, en estos eventos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados, como sí lo hace la acción de tutela⁵.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia* del daño, es decir, que se trate de una amenaza o de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales⁶. En esta medida, la Corte ha destacado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar una serie de criterios, tales como la edad de la persona, su estado de salud y el de su familia y las condiciones económicas de la persona que solicita el amparo constitucional o de las personas obligadas a acudir a su auxilio.

Igualmente, el Tribunal Constitucional también ha precisado que, en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno al derecho al mínimo vital, pues se entiende que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar en una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que percibían a través del cargo público⁷. Por este motivo y en concordancia con lo esbozado anteriormente, a pesar de que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, cuando del análisis de cada situación concreta se pueda concluir que los otros medios de defensa carecen de idoneidad y eficacia.

En el caso bajo estudio, en criterio del Despacho, considera que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, pues a pesar de que el accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial como lo es la nulidad y restablecimiento del decreto que lo desvinculó, en el presente caso se requiere la intervención del juez constitucional, con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que el actor aduce una protección constitucional especial, en tanto ello; delicado estado de salud, producto de las patologías que padece con ocasión

³ Sentencia T-373 de 2017 y Sentencia T-012 de 2009.

⁴ Sentencias SU-691 de 2017, T-016 de 2008 y T-373 de 2017.

⁵ Sentencia T-016 de 2008 y Sentencia T-373 de 2017.

⁶ Sentencia SU-691 de 2017.

⁷ Sentencia SU-691 de 2017.

de un accidente laboral, además manifiesta que no cuenta con un trabajo u otro medio de apoyo económico.

Aunado a ello, hoy en día, las acciones en lo contencioso administrativo no resultarían ser el mecanismo más idóneo, cuando con ocasión de la pandemia COVID-19, el H. Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PSCJA20-11517; PSCJA20-11518; PSCJA20-11519; PSCJA20-11521, PSCJA20-11526, PSCJA20-11527; PSCJA20-11528, PSCJA20-11529; PSCJA20-11532, PSCJA20-11546, PSCJA20-11549 y PSCJA20-11556 del hogaño, declaró la suspensión de términos judiciales.

b. Problema jurídico

Corresponde a esta instancia determinar si: ¿la Alcaldía Municipal de Palmira (V) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada (enfermedad catastrófica) trabajo, seguridad social, trato digno, vida en condiciones dignas, salud e igualdad del ciudadano OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, al proferir el Decreto n.º 693 del 13 de abril del 2020, por medio del cual lo declaró insubsistente en el cargo provisional que venía desempeñando, con ocasión de la provisión de las listas de elegibles de la convocatoria 437 de 2017, expedidas por la CNSC, sin tener en cuenta la condición especial de estabilidad laboral reforzada?

c. Tesis del despacho

El despacho considera que el presente amparo constitucional, si bien, en primera instancia, no puede acceder a las pretensiones del accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venían desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión, vulneraría a todas luces los derechos fundamentales de las personas a quienes accedieron a estas vacantes a través del concurso de méritos, amén de que iría en contra de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal Constitucional, quien reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos, lo cierto es que, en atención a que el accionante, es sujeto de protección especial, ello en tanto, padece de cierta enfermedad pendiente de calificación laboral, gozan de estabilidad laboral relativa, y en virtud de ello, debiéndose ordenar a la Alcaldía Municipal de Palmira, la vinculación de OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, nuevamente de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía o equivalencia disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso de no existir esta, en las vacantes futuras en provisionalidad, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.

d. Fundamentos jurisprudenciales

Concurso público de méritos

De conformidad con lo estipulado en el artículo 125 de la Constitución Política, por regla general en la carrera administrativa el criterio de acceso, ascenso y permanencia es el mérito de los candidatos, dicho canon señala que: *"El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"*. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado que la carrera administrativa se rige por

principios generales que están enfocados a "la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público"⁸.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que el mérito se encuentra estrechamente ligado al concurso público, pues este permite que la selección sea objetiva y obedezca a criterios claros y uniformes para el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro en carrera administrativa. Debe entenderse, entonces, que por regla general la forma de garantizar el criterio básico del mérito en la carrera administrativa es que la selección de los funcionarios se produzca por medio de un concurso público. Así pues, el proceso de selección debe estar dirigido a verificar las calidades académicas, los conocimientos, la experiencia y las competencias de los aspirantes y así determinar objetivamente los más aptos para desempeñar los empleos del Estado⁹.

En resumen, para la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa para acceder, ascender y permanecer están sujetos al principio del mérito. Así mismo, el mecanismo para garantizar que el mencionado principio es la realización de un concurso público que permita evaluar las calidades académicas, los conocimientos, la experiencia y las competencias de los aspirantes¹⁰.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia T-464 de 2019 precisa que: "*Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley.*

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.

La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha reconocido el "*derecho a una estabilidad laboral reforzada*", que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad¹¹.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de: "*una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales". Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero*

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010

¹¹ Sentencia T-014 de 2019.

sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones" a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez¹².

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones" a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez¹³.

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que: "(...) esta concepción amplia del término 'limitación' ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que 'en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.' De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando".

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que: "La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez¹⁴".

¹² La jurisprudencia constitucional ha sostenido dos líneas sobre la aplicación de la Ley 361 de 1997, una que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 de 1997 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de la capacidad para trabajar comprobada; y otra, más abierta, que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones (Sentencias T-198 de 2006, T-819 de 2008, T-603 de 2009 y T-643 de 2009) y la segunda, la cual ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que ha ampliado la concepción del término "limitación", en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (Sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-092 de 2010, T-663 de 2011).

¹³ La jurisprudencia constitucional ha sostenido dos líneas sobre la aplicación de la Ley 361 de 1997, una que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 de 1997 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de la capacidad para trabajar comprobada; y otra, más abierta, que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones (Sentencias T-198 de 2006, T-819 de 2008, T-603 de 2009 y T-643 de 2009) y la segunda, la cual ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que ha ampliado la concepción del término "limitación", en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (Sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-092 de 2010, T-663 de 2011).

¹⁴ Sentencias T-725 de 2009, T-632 de 2004, T-351 de 2003 y T-519 de 2003.

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso "no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente 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"¹⁵. (Se destaca).

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que: *"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"*.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando¹⁶.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que: *"Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante"*.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público¹⁷.

No obstante lo anterior, El Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales¹⁸.

¹⁵ Sentencia SU-446 de 2011.

¹⁶ Sentencia T-373 de 2017.

¹⁷ Sentencia SU-691 de 2017.

¹⁸ Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

e. Caso concreto

Descendiendo al asunto puesto a consideración, las pretensiones se circunscriben a que el ciudadano OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, solicita el reintegro en un cargo similar o de mayor grado, reconozca y pague todos los salarios, aportes al sistema de seguridad social, prestaciones sociales vigentes al momento del retiro y hasta cuando se materialice la continuidad en el cargo, hasta ser valorado y/o rehabilitado con ocasión del accidente laboral padecido.

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta al acervo probatorio obrante en el plenario, resulta claro, el nombramiento en provisionalidad del accionante en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 02. Al igual que se evidencia que mediante el decreto n.º 693 del 13 de abril del 2020, fue desvinculado, cuya motivación fue, el proceso de selección del concurso abierto de méritos para la provisión de empleos en vacancia definitiva acorde con la convocatoria No. 437 de 2017 – Valle del Cauca del municipio de Palmira, dentro del cual, una vez cumplidas todas las etapas concursales, la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó las listas de elegibles para su provisión, la cual cobró firmeza el 31 de enero del 2020.

Se evidencia también, que efectivamente, tal cargo fue ocupado, por quien ganó el primer puesto en la lista de elegibles, procedimiento que se realizó de conformidad con los presupuestos legales y constitucionales que regulan el concurso de méritos.

Por su parte la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad, aduce que realizó las acciones afirmativas tendientes a la protección del actor, empero, al no existir vacantes definitivas se hizo inminente su desvinculación para dar paso a la convocatoria 437 de 2017.

De esta manera, para el Despacho, es notorio, que la motivación del decreto por medio del cual se efectuó la desvinculación del progenitor de la acción constitucional, es razonable y legítimo, ello en tanto, se dio paso a la aplicación de las listas del concurso de méritos, según la convocatoria 437 de 2017. Como consecuencia de esto, no se evidencia, prima facie, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta y por lo tanto no existe un nexo causal entre la terminación del vínculo laboral y la enfermedad, vulnerabilidad o discapacidad padecida, circunstancia ante la cual, no es necesario solicitar permiso especial previo del Ministerio del Trabajo.

En este sentido, la entidad accionada tampoco, está obligada al pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y demás emolumentos reclamados, sin solución de continuidad. No obstante, y pese a lo anterior, la entidad accionada, en consideración del señor OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, mediante el Decreto n.º 646 del 2020, garantizó a mutuo propio la continuidad en la afiliación al SSS en Salud, ya que consideró que el mismo se encuentra entre los casos especiales de que trata el referido decreto, siempre y cuando acredite cada tres meses la certificación de su estado de salud expedida por su EPS.

Empero, frente a lo constatado, resulta incuestionable que el accionante al momento de ser declarado insubsistente por el ente territorial, ostentaba la calidad de sujeto de protección especial puesto que, OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, pertenece al grupo de las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, habida cuenta que en sus historias clínicas, se constata que tiene un diagnóstico de: "*Luxación de hombro izquierdo*", patología que se encuentra en proceso de calificación, situación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

Así las cosas, si bien, la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad informa en su escrito de contestación que previo a la desvinculación del tutelante realizó las acciones afirmativas tendientes a la búsqueda de su protección, lo cierto es que en la planta

global de la administración existe cargos no ofertados en la convocatoria 437 de 2017, tal como lo demuestran los Decretos 087 del 16 de mayo y 197 del 18 de noviembre de 2019, por los cuales se crearon unos empleos y se ajustó la naturaleza jurídica de otros, en los que, de estar disponibles al momento de la notificación del presente fallo, será prioridad del ente territorial, nombrar al actor en el mismo, o en tal caso, en el momento que exista a futuro dicha vacante. En esa medida, se torna que la expedición del acto administrativo que declaró la insubsistencia quebrantó la protección especial que gozaba y por lo cual lo hacía beneficiario de una estabilidad laboral relativa, pues no se adoptaron las medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando con relación a los cargos de la planta global de la administración, quedando a todas luces demostrado un perjuicio irremediable que amenaza su derecho fundamental al mínimo vital.

Es menester aclarar que esta instancia judicial en ningún momento pone en tela de juicio el proceso adelantado por la Administración Municipal para el desarrollo de la convocatoria 437 del 2017 en cuanto a los cargos reportados para ser ofertados, máxime cuando la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, da fe que este trámite se adelantó dentro del principio de legalidad, no obstante, lo reprochable es que el ente territorial no efectuó juiciosamente las acciones urgentes a fin de establecer un trato especial a aquellas personas en condición especial frente a todos los cargos disponibles de la planta global.

En atención a lo anterior, se considera que la ALCALDIA MUNICIPAL de esta ciudad desconoció algunas de las reglas dispuestas por la Corte Constitucional con relación a la desvinculación de sujetos de protección especial, ello en tanto, a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad o como en este caso por un accidente laboral, que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad en vacancia definitiva.

Sin embargo, existe una tensión entre la protección de los derechos del accionante quien goza de una estabilidad laboral reforzada relativa; el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por la CNSC y las personas que ocupan hoy los cargos con nombramientos en provisionalidad según los empleos no ofertados en la convocatoria 437 de 2017, los que se crearon y otros que se ajustaron la naturaleza jurídica según los Decretos 087 del 16 de mayo y 197 del 18 de noviembre de 2019.

En el presente caso, a juicio de este juzgado, no se puede acceder a las pretensiones del accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venían desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de aquellos que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles, quienes accedieron a esas vacantes a través del concurso de méritos, amén de contradecir la jurisprudencia Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

Corolario de ello, según las pruebas obrantes en el libelo tutelar, se evidencia que los cargos creados o modificados la naturaleza jurídica según los Decretos 087, 088 y 197 del 2019, se encuentran ocupados por personas nombradas en provisionalidad a quienes su retiro del servicio público, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, quien ha señalado que: *"No obstante, a pesar del carácter eminentemente transitorio que caracteriza a los cargos en provisionalidad, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido, cuando la vacante ocupada en provisionalidad es definitiva, un cierto grado de estabilidad derivada de los derechos al debido proceso y de defensa, consistente en: "(i) la necesidad de motivación de los actos que los desvinculan y (ii) la imposibilidad de reemplazarlos, aun motivando la desvinculación, con funcionarios que no hayan superado los concursos públicos y abiertos. Lo anterior no significa que el nombramiento en provisionalidad otorgue al funcionario un derecho adquirido a la permanencia en el empleo".*

Por lo esgrimido, la petición del accionante OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, saldrá prospera únicamente en el evento de existir vacantes equivalentes disponibles al momento de la notificación de este fallo constitucional, o en caso tal, que no exista, en las vacantes a futuro equivalentes en provisionalidad que se presenten en la planta global de dicha entidad, incluyendo las vacantes disponibles y no ofertadas en la Convocatoria 437 de 2017, y los empleos creados y ajustada su naturaleza jurídica mediante Decretos números 87 del 16 de mayo y 197 del 18 de noviembre de 2019. Empero, previo a ello, el ente territorial deberá efectuar un estudio serio, veraz y minucioso de equivalencias del cargo que venía ocupando el actor constitucional con el disponible de la planta global que sea igual en salario, grado y en donde cumpla con el perfil y requisitos necesarios para desempeñarlo.

En cuanto a la solicitud de protección especial por tener fuero sindical del señor a OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, se advierte que dentro de la foliatura no fue acreditada dicha calidad; sin embargo, es menester aclarar que el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo señala que tal garantía la gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, ni traslados a otros establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del trabajo, como quedó definido en el presente caso en concreto, la desvinculación del accionante se dio como resultado de la aplicación de las listas del concurso de méritos, según la convocatoria 437 de 2017, lo cual, -se reitera- es totalmente justificado el proceder del ente accionado.

De otro lado, frente a lo esgrimido por el accionante en el sentido de alegar, estar cobijado por las normas de emergencia social, sanitaria y ambiental con ocasión de la pandemia COVID-19 y por ende no era posible su desvinculación, es menester aclarar, que si bien, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución n.º 4970 del 24 de marzo 2020, y su posterior prorrogación a través de la Resolución n.º 5265 del 13 de abril del 2020, suspendió los términos de ciertas actuaciones, lo cierto es que el inciso 3º del artículo 14 del Decreto Ley n.º 491 del 28 de marzo del 2020, estableció: *"(...) En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia."* (Subrayas fuera del texto original).

Así las cosas, se evidencia de la documentación allegada, que la lista de elegibles para el cargo que ocupaba el accionante, cobró ejecutoria el 30 de enero del 2020, lo que de suyo impone que la suspensión alegada no es aplicación al caso en concreto y por lo tanto, era factible tal y como lo hizo el ente accionado dar paso al nombramiento y posesión de la persona que ocupó el primer puesto para la convocatoria 437 de 2017.

En consideración a lo esgrimido, y entendiéndose que la tutela solo es procedente de la manera como se explicó, es menester señalar que las demás pretensiones deprecadas por el OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA relacionadas en su escrito de tutela, se tornan improcedentes.

IV. Decisión:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA -VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, seguridad social y dignidad humana invocados por el señor OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA identificado con la cédula de ciudadanía número 1.113.634.881, en la presente acción de tutela formulada contra la ALCALDÍA MUNICIPAL de Palmira (Valle), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ALCALDÍA MUNICIPAL de Palmira, que en el término perentorio de 20 días hábiles, realice un estudio de equivalencias del cargo que venía desempeñando el ciudadano OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA, esto es, del mismo nivel, grado, salario y especialidad funcional, en donde cumpla con el perfil y requisitos señalados para desempeñarlo con relación a las vacantes definitivas de la planta global de dicha administración, incluyendo las vacantes no ofertadas en la Convocatoria 437 de 2017, los empleos creados y ajustado su naturaleza jurídica mediante Decretos números 87 del 16 de mayo y 197 del 18 de noviembre de 2019, que se encuentren disponibles al momento de la notificación del fallo.

TERCERO: Cumplido el termino señalado en el numeral SEGUNDO, **ORDENAR** a la Alcaldía Municipal de Palmira, la vinculación del señor OSCAR EDUARDO SAMBONI GALARZA identificado con la cédula de ciudadanía número 1.113.634.881, en un cargo equivalente al de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CODIGO 219, GRADO 02, de la planta global de cargos de la administración municipal de carrera administrativa, teniendo en cuenta los empleos no ofertados en la Convocatoria 437 de 2017, los cargos creados y ajustada su naturaleza jurídica mediante Decretos números 87 del 16 de mayo y 197 del 18 de noviembre de 2019, que sean del mismo nivel, grado, salario y especialidad funcional en donde cumpla con el perfil y requisitos señalados para desempeñarlo que se encuentre disponible al momento de la notificación del fallo, o en caso de no existir esta, en las vacantes futuras equivalentes en provisionalidad, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.

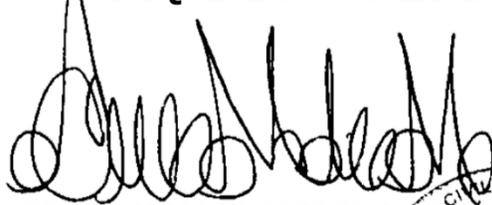
CUARTO: NEGAR la solicitud de pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y demás emolumentos, formuladas por el accionante.

QUINTO: NEGAR las demás reclamaciones efectuadas por el accionante, por considerarse improcedentes.

SEXTO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 2º en el Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo del 2020.

SEPTIMO: Este fallo de tutela podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato como lo estipula el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser impugnado, se enviará de manera inmediata al Juez Civil del Circuito –Reparto- de esta ciudad. De no ser impugnada la decisión, **REMÍTANSE** estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 ibídem y en el artículo 2º del Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo del 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ERIKA YOMAR MEDINA MERA

JUEZA

