



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

Sentencia n.º 68

Palmira, Valle del Cauca, junio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020).

Proceso:	Acción de tutela	
Accionantes:	JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA	C.C. n.º 16.668.624
	RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ	C.C. n.º 16.263.396
Accionado(s):	ALCALDÍA MUNICIPAL DE PALMIRA	
Radicado:	76-520-40-03-002-2020-00149-00	
	76-520-40-03-002-2020-00150-00	

I. Asunto

Procede el Despacho a proferir el fallo que resuelva las acciones de tutela instauradas por los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ identificados con cédulas de ciudadanía números 16.668.624 y 16.263.396, respectivamente, quienes actúan en nombre propio, contra la ALCALDÍA MUNICIPAL de Palmira (Valle), las cuales fueron acumuladas mediante providencia del 12 de junio de 2020, con el propósito de decidir las en una sola sentencia por tener unidad de materia, al presentar situaciones de hecho y de derecho similares por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada (padre cabeza de familia, enfermedad y pre-pensionable), trabajo, seguridad social, trato digno, vida en condiciones dignas de salud y a la igualdad.

II. Antecedentes

1. Hechos.

Señalan los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ que desempeñaban los cargos de profesional universitario, código 219, grado 02 y auxiliar administrativo, código 407, grado 02, respectivamente de manera provisional.

Seguidamente afirman que la administración municipal de esta ciudad, tenía pleno conocimiento de su condición especial de protección laboral reforzada, tal como es: JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, aduce ser padre cabeza de familia y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, indicó que presenta una patología de alto riesgo cardiovascular y escoliosis de convexidad derecha no mayor a 3º y es pre-pensionable.

Por lo anterior, al unísono denuncian que la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta localidad, mediante los decretos n.º 667 y 652 del 17 y 10 de marzo del 2020, respectivamente, los declaró insubsistentes en los cargos que venían 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 No. 437 de 2017, sin tener en cuenta su condición de especial protección constitucional.

2. Pretensiones.

Por lo anterior, solicitan se amparen sus derechos fundamentales invocados, y en consecuencia de ello, se decrete la nulidad de los decretos por los cuales fueron destituidos, y al paso 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 y/o sean incluidos en la nómina de pensionados. Igualmente, peticionan se conmine a la ALCALDIA MUNICIPAL para que a futuro se abstenga de proferir actos administrativos como el censurado.

3. Trámite impartido.

El Juzgado mediante Autos del 8 de junio 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; DIRECCIÓN DE COMUNICACIONES adscrita a la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad; CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFENALCO VALLE; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA; ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; SINERGIA SALUD; COOMEVA E.P.S. S.A.; SUBSECRETARÍA DE PLANEACIÓN Y ADMINISTRACIÓN – SECRETARÍA DE SALUD; SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL; CLINICA PALMIRAS.A.; HOSPITAL RAÚL OREJUELA BUENO y NUEVA EPS SA.

Así mismo, se dispuso la notificación de los entes accionados 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 de los autos del 11 de junio del 2020, se ordenó la vinculación de RODRIGO JOSE TRIVIÑO LOAIZA y ELIZABETH ZUÑIGA HINESTROZA, personas que ocuparon los cargos en propiedad por concurso de méritos que aquí se discute, y a quienes se les concedió un término respectivo para que se pronunciaran sobre los hechos de la acción de tutela y allegaran las pruebas que consideraran pertinentes. Posteriormente, en providencia del 12 de junio de 2020, se procedió a acumular las acciones de tutela de la referencia, con el propósito de decidir las en una sola sentencia por tener unidad de materia, al presentar situaciones de hecho y de derecho similares por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales.

Mediante proveído del 16 de junio del 2020, se resolvió sobre la inconformidad efectuado por el accionante RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZÁLEZ y posterior a ello, en providencia del 23 de junio del 2020, se manifestó este despacho respecto a la impugnación hecha por el accionante JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, respecto a la aludida providencia.

4. Material probatorio.

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

John Jairo Tenorio Valencia

- Copia del Decreto n.º 667 del 17 de marzo del 2020
- Copia soportes de los menores de edad, situación jurídica de la madre y declaraciones extrajuicio de PPL
- Copia de los anexos de las pruebas del estado de indefensión de los dos niños
- Copia historia clínica del accionante
- Certificado de afiliación a Coomeva
- Certificados de afiliación e historia laboral de Colpensiones.

Rubén Darío Salamanca González

- Fotocopia de la cedula de ciudadanía
- Fotocopia de las historias clínicas
- Fotocopia de la notificación personal del Decreto n.º 652 del 10 de marzo del 2020
- Fotocopia del Acta de posesión
- Fotocopia de memorando de nombramiento de fecha del 3 de septiembre de 1990
- Fotocopia de Record de semanas cotizadas

5. Respuesta de la accionada y vinculadas.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social, frente a la acción de tutela interpuesta por los accionantes, indica 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 Representante Legal para Efectos Judiciales de SINERGIA GLOBAL EN SALUD S.A.S., en síntesis, refirió en su contestación que su representada ha prestado los servicios a la accionante JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, conforme su capacidad, protocolos médicos y de seguridad de la paciente, por lo que no está amenazando ni vulnerando los derechos fundamentales de la misma; agregó que no tiene injerencia alguna respecto al reintegro pretendido, ni en las condiciones laborales entre la accionante y la ALCALDIA MUNICIPAL de esta ciudad; por tal razón, advierte la improcedencia de la tutela frente a ellos.

La Directora de Litigios del Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., indicó que el accionante, JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, nunca ha estado afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por su representada, sino a COLPENSIONES, para lo cual realizó un pantallazo del histórico de vinculaciones del Sistema de Afiliados a los Fondos – SIAFP.

La Subsecretaria de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Palmira, en cuanto a los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, afirmó que la acción de tutela es improcedente toda vez que, los cargos ocupados por los mismos fueron provistos en condición de provisionalidad, situación que ostentaron durante su permanencia laboral al servicio de la Alcaldía Municipal de Palmira y hasta su fenecimiento. Igualmente aduce, que, el fundamento jurídico de los Decretos n.º 667 y 652 del 17 y 10 de marzo del 2020, por medio de los cuales se los declaró insubsistentes, fueron emitidos y motivados 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. 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 los cargos ocupados por los accionantes, si fueron proveídos mediante Decretos n.º 254 y 123 del 14 de febrero del 2020, por medio del cual se posesionaron los concursantes RODRIGO JOSE TRIVIÑO LOAIZA y ELIZABETH ZUÑIGA HINESTROZA, quienes resultaron ser las personas que, tras superar las pruebas y etapas de la convocatoria, obtuvieron 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"*.

En relación a la condición de ser madre o padre cabeza de familia, transcribió el concepto señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-388 de 2005, el cual reza: *"(...): (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar"*.

Indica que, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de tutela, los actores afirman encontrarse subsumidos en una condición de vulnerabilidad e invocan 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 las accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, si acreditan la misma.

Teniendo en cuenta que, de la información suministrada por los accionantes se colige que la condición de reten social no concurre, pues dicha figura comprendida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, sólo es aplicable para "*proteger los derechos de tres (3) grupos específicos de servidores públicos – 1) Quienes se encuentren próximos a pensionarse, con un límite temporal de 3 años 2) Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica y, 3) Discapacitados -, cuando éstos se encuentran amenazados o conculcados.*" Resaltando de ello, las sentencias de la Corte Constitucional T-460 de 2017 y C-795 de 2009, por lo que concluye que cuando la desvinculación se pretenda dar durante los procesos de reforma institucional - fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas, la figura de reten social sería procedente; situación que no es aplicable para los accionantes que precisaron tales calidades de reten social.

En lo atinente a la calidad de pre-pensionable que dice ostentar el accionante JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, refiere que en ninguna de las pruebas aportadas indicó que exhibe tal condición, pues de sus propias afirmaciones y de la prueba documental allegada concluyó que cuenta con 58 años de edad, faltándole 4 años para la edad exigida por la Ley, y ha cotizado un total de 950,71 semanas al Sistema General de Pensiones, restándole 349,29, densidad faltante muy superior a la que puede causarse en tres años, a razón de 51,42 semanas por anualidad conforme lo señalado en el Concepto 2006065392-001 del 21 de diciembre de 2006 expedido por la Superintendencia Financiera y cuyo contenido lo compartió la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-351 de 2016.

Por lo tanto, no es aplicable ni pertinente en el presente caso, sencillamente porque el actor no satisface los requerimientos que la jurisprudencia ha impuesto para acceder a la estabilidad laboral reforzada en virtud de la condición de pre-pensionable, la cual, como es bien sabido, acontece cuando al sujeto de especial consideración le faltaren 3 años o menos para cumplir con los requisitos legales para acceder al derecho pensional, contados desde el momento de su retiro o desvinculación del servicio, lo que en el *sub lite* no ocurre.

Finalmente, en el caso del accionante RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, refirió que, conforme las manifestaciones exhibidas por el mismo en el escrito genitor de la acción y de la prueba documental aportada, específicamente el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, se constata que ha cotizado un total de 1.714,43 semanas al Sistema General de Pensiones, por lo que a la luz de la jurisprudencia de Unificación de la Corte Constitucional, no puede considerarse como pre pensionable y mucho menos sujeto a quien se le conculcaron o vulneraron sus derechos fundamentales, sencillamente porque el actuar de la Administración estuvo revestido de legalidad armonizado con la Ley pertinente y la línea jurisprudencial dictada para la materia.

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 deber 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.

El analista jurídico de COOMEVA EPS, refirió que en lo atinente al accionante JOHN JAIRO TENORIO, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo través de Coomeva E.P.S., desde el 01/06/2009 y su estado actual es ACTIVO.

La Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, respecto de la acción de tutela interpuesta por los accionantes, afirma que solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que, este es el marco de su competencia, escenario que evidencia la falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Representante Legal de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFENALCO VALLE DELAGENTE, indicó en su contestación con relación a las situaciones fácticas del accionante JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA, se encuentra retirado de esta Caja de Compensación Familiar, desde el pasado 23 de marzo de 2020, que estuvo afiliado en calidad de cotizante – dependiente a través de su empleador MUNICIPIO DE PALMIRA, desde el 23 de noviembre de 2011 y que durante su afiliación, registró en su formulario de afiliación novedades relacionadas con el ingreso de beneficiarios o personas a cargo, a saber, IMANOL y IÑAKI TENORIO LOPEZ, en calidad de hijos y CINDY TATIANA LOPEZ MOGROVEJO, como compañera permanente. Respecto del accionante RUBEN DARIO SALAMANCA GONZALEZ, refirió que el mismo se encuentra retirado desde el 18 de marzo de 2020, y que durante su afiliación estuvo en calidad de cotizante - dependiente a través de su empleador MUNICIPIO DE PALMIRA, y que según el certificado allegado, se desprende que su grupo familiar está conformado por MELISSA y DAVID CAMILO SALAMANCA RAMOS, en calidad de hijos, y MARIA ORFILIA RAMOS OSORIO, como cónyuge.

El señor RODRIGO JOSÉ TRIVIÑO LOAIZA, refirió en su contestación que, se presentó el concurso a través del Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO) la cual es una plataforma de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), que ayuda para la ejecución y desarrollo de los concursos de méritos, obteniendo la mejor calificación entre los participantes, razón por la cual fue llamado a posesionarse el 21 de febrero de esta anualidad, y fue efectuada el 24 de abril; por lo tanto, agregó que su proceso fue transparente y ganado por mérito propio, finalizó, anexando el pantallazo de su perfil de SIMO.

El apoderado Especial de Nueva EPS S.A., respecto a las pretensiones del accionante RUBEN DARÍO SALAMANCA, indicó que las mismas están encaminadas a que la ALCALDIA MUNICIPAL de esta ciudad, reintegre al accionante en un puesto de trabajo; por lo que se evidencia una falta de legitimación por pasiva, solicitando ante ello la desvinculación de este trámite.

La jefe de la oficina jurídica del Hospital Raúl Orejuela Bueno, refirió en su contestación en lo atinente a acciona de tutela adelantada por RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZÁLEZ, que su representada no es responsable administrativa ni

jurídicamente frente a los hechos emanados del decreto n.º 652 del 10 de marzo del 2020, el cual fue expedido por la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad, por lo cual instó para efectuar la desvinculación de este trámite.

La señora ELIZABETH ZUÑIGA PEDROZA, alude en su contestación que mediante el proceso de selección n.º 437 del 2017 Valle del Cauca, se convocó a concurso abierto de méritos, para proveer los empleos en vacancia definitiva provistos o encargo del Municipio de Palmira y que el día 19 de marzo del 2020 mediante el Decreto n.º 123 del 14 de Febrero de 2020 fue nombrada como AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 02 de la planta Global del Municipio de Palmira, ubicado en la Subsecretaria de Planeación y Administración adscrita a la Secretaria de Salud.

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, los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ a nombre propio, presentaron 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.

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

² Sentencia SU-391 de 2016.

En el presente caso, el despacho puede corroborar que se cumplió con el presupuesto de inmediatez, toda vez que los accionantes interpusieron la acción de tutela, una vez transcurrido más de dos meses 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 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

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.

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 los accionantes cuentan con un mecanismo de defensa judicial como lo es la nulidad y restablecimiento del decreto que los 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 los actores aducen una protección constitucional especial, en tanto ello; padre cabeza de familia, enfermedad y pre pensionables, además manifiestan que no cuentan 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, PSCJA20-11556 y PSCJA20-11567 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 (padre cabeza de familia, enfermedad y pre-pensionable) trabajo, seguridad social, trato digno, vida en condiciones dignas, salud e igualdad de los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, al proferir los decretos n.º 667 y 652 del 17 y 10 de marzo del 2020, conforme corresponda para cada uno, por medio de los cuales los declaró insubsistentes en el cargo provisional que venían 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 de los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, 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 los accionantes, son sujetos de protección especial, ello en tanto, padre cabeza de familia y enfermedad, gozan de estabilidad laboral relativa, y en virtud de ello, debiéndose ordenar a la Alcaldía Municipal de Palmira, su vinculación, nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso de no existir estas, 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.

En cuanto a la calidad de pre-pensionable del señor RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, se advierte que el mismo no acreditó dicha calidad. Situaciones anteriores, que sean objeto de estudio a continuación.

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

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-507 de 2010

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 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"*.

¹¹ Sentencia T-014 de 2019.

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).

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 invalidez"*¹⁴

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

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

¹⁵ Sentencia SU-446 de 2011.

¹⁶ Sentencia T-373 de 2017.

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.

Alcance de la figura de "prepensionable"

La Corte Constitucional en jurisprudencia unificada, ha determinado que, cuando el único requisito faltante sea el de la edad, la persona no es considerada como sujeto de especial protección.

"59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte^[54], la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas^[55]. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

"[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"^[56].

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

62. La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de "prepensión", en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones^[57].

64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que

¹⁷ Sentencia SU-691 de 2017.

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

*no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.*¹⁹

e. Caso concreto

Descendiendo al asunto puesto a consideración, las pretensiones se circunscriben a que los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, solicitan la suspensión y/o nulidad de los decretos por los cuales fueron declarados insubsistentes y en virtud de ello se proceda al reintegro en un cargo similar o de mayor grado al que venían desempeñando, 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 y/o se incluya en la nómina de pensionados. Igualmente, peticionan se conmine a la ALCALDIA MUNICIPAL para que a futuro se abstenga de proferir actos administrativos como el censurado.

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta al acervo probatorio obrante en el plenario, resultan claros, los nombramientos en provisionalidad de los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ en los cargos de profesional universitario, código 219, grado 02 y auxiliar administrativo, código 407, grado 02, respectivamente. Al igual que se evidencia que mediante los Decretos n.º 667 y 652 del 17 y 10 de marzo del 2020, fueron desvinculados los accionantes, 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. Se constata también, que efectivamente, tales cargos fueron ocupados, por quienes ganaron 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, adujo que realizó las acciones afirmativas tendientes a la protección de los actores, empero, al no existir vacantes 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 de los decretos por medio de los cuales se efectuó la desvinculación de los progenitores de las acciones constitucionales, son razonables y legítimos, 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 vulnerabilidad, condición y/o enfermedad, 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, el ente territorial, en consideración de los señores JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, 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 los mismos se encuentran entre los casos especiales de que trata el referido decreto, siempre y cuando acrediten cada tres meses la certificación de su estado de salud expedida por su EPS.

Empero, frente a lo constatado, resulta incuestionable que los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, al momento de ser declarados insubsistentes por la Alcaldía local, ostentaban la calidad de

¹⁹ Sentencia SU003 de 2018

sujetos de protección especial, puesto que, el primero, es padre cabeza de familia, según la declaración extra juicio y lo corroborado en la respuesta dada por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE COMFENALCO VALLE DELAGENTE y el segundo, 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 su historia clínica, ostenta una patología de alto riesgo cardiovascular *"Paciente con cuadro de dolor precordial de características anginosas. Ecocardiograma stress positivo para isquemia en territorio de CD, eco TT dilatación leve de VI. Síndrome coronario agudo SEST, cateterismo cardiaco: oclusión del 95% en DA e implante de Stent medicado. Ingresó al programa de rehabilitación cardiaca fase III, IV el día 15 de mayo de 2015"*. Situaciones que no fueron desvirtuadas por la entidad accionada.

En cuanto a la calidad de pre-pensionable, se evidencia que el mismo ha cotizado 1714,43 semanas al sistema de pensiones individualmente, según se desprende de la historia laboral anexada con el escrito de tutela, y que a la fecha tiene la edad de 60 años; por tanto, al cumplir con el número total de semanas cotizadas y estando pendiente como único requisito el de la edad, no lo hace beneficiario del fuero de estabilidad laboral, dado que dicho faltante puede ser cumplido con o sin vinculación laboral y no acaecería la frustración de acceder a su derecho de pensión.

Así las cosas, si bien, la ALCALDÍA MUNICIPAL de esta ciudad informa en su escrito de contestación que previo a la desvinculación de los tutelantes 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, tales 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, los cuales no se tuvieron en cuenta al momento de reubicación y en los que, de estar disponibles al momento de la notificación del presente fallo, será prioridad del ente territorial, nombrar a los actores en los mismos, o en tal caso, en el momento que exista a futuro dicha vacante. En esa medida, se torna que la expedición de los actos administrativos que declararon la insubsistencia quebrantaron la protección especial que gozaban y por la cual los hacía beneficiarios 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 madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse y las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad y que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad en vacancia definitiva.

Sin embargo, existe una tensión entre la protección de los derechos de los accionantes quienes gozan 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 de los accionantes 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 de los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, saldrán prosperas 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 los actores constitucionales 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.

De otra parte, si bien, los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, invocan la figura del retén social, se tiene que la misma no aplica para el caso en concreto, pues de conformidad con lo estipulado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, esta hace referencia a la protección especial de que gozan las personas en condición especial con ocasión del desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, pues lo aquí acontecido tiene como fundamento la aplicación de las listas de elegibles de la convocatoria 437 de 2017 expedidas por la CNSC.

En consideración a lo relacionado, y entendiéndose que la tutela solo es procedente de la manera como se explicó, es menester señalar que las demás pretensiones deprecadas por los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ 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 los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, identificados con las cédulas de ciudadanía número 16.668.624 y 16.263.396, respectivamente, 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 venían desempeñando los ciudadanos JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ, 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 JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA identificada con la cédula de ciudadanía número 16.668.624, en un cargo equivalente al de profesional universitario, código 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: Cumplido el termino señalado en el numeral SEGUNDO, **ORDENAR** a la Alcaldía Municipal de Palmira, la vinculación del señor RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ identificado con la cédula de ciudadanía número 16.263.396, en un cargo equivalente al de auxiliar administrativo, código 407, 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.

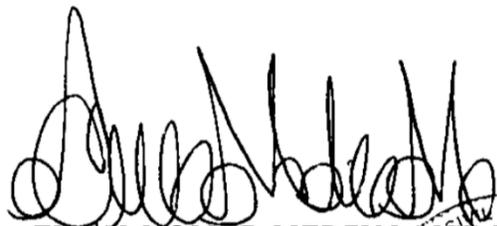
QUINTO: NEGAR la solicitud de pago de salarios, aportes al sistema de seguridad social y demás emolumentos, formuladas por los accionantes JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ.

SEXTO: NEGAR las demás reclamaciones efectuadas por los señores JOHN JAIRO TENORIO VALENCIA y RUBEN DARÍO SALAMANCA GONZALEZ.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 3º en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020.

OCTAVO: 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 3º en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ERIKA YOMAR MEDINA MERA
JUEZA

