



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE TIMBIO – CAUCA
Código 198074089002

SENTENCIA No. 012

ACCION DE TUTELA RAD. No. 2022-00029-00

Timbío, Cauca, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO A RESOLVER:

Se dicta sentencia dentro de la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA contra MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA Y EPS SANITAS, por la presunta violación a los derechos fundamentales a la SALUD, DERECHO A LA VIDA, A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL TRABAJO, MINIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA Y A LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA. Se vinculó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC; MINISTERIO DE TRABAJO; OFICINA DE TRABAJO TERRITORIAL CAUCA; PORVENIR; SEGUROS ALFA; JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ VALLE DEL CAUCA; INSPECCIÓN DE POLICIA DE TIMBIO, CAUCA y a la señora CLAUDIA LORENA TOVAR ORDÓÑEZ.

ANTECEDENTES:

Expresó la accionante señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA que el 1 de enero de 2011, fue vinculada a la planta global del Municipio de Timbío como inspectora Municipal, a través de nombramiento en provisionalidad Técnico código 303 GRADO 17 en la Secretaría de Gobierno.

Señala que estando vinculada al Municipio y aproximadamente hace un año y medio le descubrieron un tumor en el cerebro que si bien es cierto es enfermedad general lo adquirió mientras laboraba para el Municipio, “DIAGNOSTICO TUMOR MALIGNO DEL CEREBRO EXCEPTO LOBULOS Y VENTRICULOS (C710) EN EL LOBULO PARIETAL IZQUIERDO”, por lo que le realizaron una cirugía en el cerebro y le han dado manejo con radio terapias, quimioterapias, controles mensuales con oncología, neurología, terapias ocupacionales, controles con neurocirujano, psiquiatría.

Que el 15 de diciembre de 2021, la oncóloga tratante le ordenó 6 meses más de quimioterapia que le realizan los 5 primeros días de cada mes, tomando 3 capsulas diarias del medicamento TEMOZOLAMIDA; medicamento de alto costo teniendo que realizarse mensualmente examen para ver evolución al igual que con la radioterapia y sus respectivos controles; situación ésta que ha impedido que lleve una vida normal, además, debe tomar el medicamento LAMOTRIGINA de 100 miligramos para las convulsiones, una en la mañana y 1.5 en la noche, lo que conlleva que tenga constantes dolores de cabeza, temblor en las manos y que aun siga con adormecimientos leves en la pierna derecha que al pasar unos minutos recupera nuevamente el movimiento.

Indica que le han ordenado incapacidades medicas continuas desde el día 20 de mayo de 2021 teniendo vigente la última hasta el día 8 de enero de 2022, ya que en control con neurología del 11 de enero de 2022, el médico tratante determinó que es el médico laboral quien debe seguir dando las incapacidades médicas laborales por que el sistema no le permite seguir concediéndolas.

Manifiesta que las incapacidades reposan en el Municipio de Timbío y que el 25 de noviembre de 2021 radicó ante la Alcaldesa del Municipio, oficio solicitando protección por estabilidad laboral reforzada, por la calidad de madre cabeza de familia y por su enfermedad habiendo una situación de debilidad manifiesta comprobada, la cual se puede observar en la historia clínica anexa, que el 29 de noviembre de 2021 recibió de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC radicado del oficio mismo que fue radicado ante la alcaldesa municipal para informar que se adelantó una petición ante dicha entidad y el 14 de diciembre de 2021 recibió respuesta a su petición mediante oficio D.A 100-887 por medio del cual le comunican que revisada la hoja de vida y en confrontación con la base de datos del SISBEN ficha número 19807021568100000241 del 14 de diciembre de 2021, la citada funcionaria no registra como madre cabeza de familia, sino como integrante del grupo familiar en calidad de cónyuge o compañera.

Informa que el 16 de diciembre de 2021 recibió respuesta de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC donde le manifestaron que le correspondía a la Administración resolver su solicitud.

Aclara que aparecía en la ficha del Sisben del señor JOHN JAIRO ANDRADE DORADO siendo este el cabeza de hogar, ya que legalmente aparece casada; pero desde hace más de 2 años (30 de agosto de 2019) no conviven juntos y están separados de cuerpos, siendo ella quien tiene el cuidado personal de su hija MARIANA ANDRADE ROJAS de 15 años de edad, identificada con tarjeta de identidad número 1058932898, quien en el momento se encuentra estudiando y es ella quien responde económicamente y con sus cuidados, debido a que el padre se encuentra también enfermo, el cual tiene trabajo esporádicamente un fin de semana como conductor, motivos por los cuales se le ha imposibilitado darle ayuda económica para los gastos de su hija desde que se separaron de cuerpos hace más de 2 años.

Describe que ella por su enfermedad y debido a que tiene disminución de su capacidad cognitiva, algunos meses con poca movilidad física, disminución de sus capacidades mentales, como escribir, hablar, hacer actividades cotidianas básicas, todo ello ha limitado hacer sus actividades diarias; que aún está con terapias de neurología para poder tener una mejor recuperación, fisioterapia; que aun estando en reposo por las radioterapias no le podía dar sol por lo que se ha cuidado al máximo, por esa razón no ha adelantado el proceso de divorcio y la separación de la ficha del Sisben, pero adelantó los trámites ante el Sisben por lo que ya aparece independiente del señor Andrade Dorado.

Refiere que su salario es la única fuente de ingresos para asegurar el mínimo vital y el de su hija de 15 años de edad.

Manifiesta que el 15 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico le notificaron la Resolución No 3076 del 14 de diciembre de 2021 "POR MEDIO DE LA CUAL SE EFECTUA UN NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA Y SE TERMINA UN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD" en la cual resuelven terminar su nombramiento en provisionalidad en el empleo denominado INSPECTOR DE POLICIA 3 a 6a, Código 303, Grado 17.”.

Por lo tanto, solicita se tenga en cuenta su condición médica y le conceda el amparo solicitado de los derechos fundamentales a la seguridad social y al trabajo, ya que requiere atención médica y continuar con sus terapias.

Hace referencia a la anterior tutela que en su favor interpuso el Dr. JAVIER ANDRÉS BOLAÑOS TORRES, en contra de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE TIMBÍO CAUCA Y SANITAS EPS., y las decisiones tomadas por los Juzgados que conocieron de la misma.

En relación a la calificación de pérdida de capacidad labora indica que el 7 de febrero de 2022 instauró recurso de reposición y en subsidio apelación a la calificación realizada por SEGUROS ALFA, quien le otorgó la calificación de 36,28 y que el 15 de febrero de 2022, la EPS SANITAS envió recurso de apelación por desacuerdo en su Calificación de pérdida de capacidad laboral por dictamen número 3750298.

Da a saber que el 2 de marzo de 2022, Seguros Alfa, le envió oficio de remisión a la JUNTA REGIONAL VALLE DEL CAUCA para lo cual la citaran a la valoración correspondiente según oficio remisario.

Expresa que, al darse cumplimiento de la resolución mediante la cual la desvincularon de la Administración Municipal, y probándose con la respectiva historia clínica su padecimiento

físico, grave e incapacitante, que de privarle de un ingreso económico mensual por su desvinculación laboral, no podría continuar con su tratamiento médico por parte de la EPS a la que se encuentra afiliada, ante la falta de cotización al SGSSS, poniendo así en peligro su salud por ende, la vida, pues la enfermedad que padece no es cualquier enfermedad común, sino un tumor maligno que debe ser tratado constantemente con procedimientos, tratamientos, quimioterapias, exámenes de control, resonancias magnéticas, TAC cerebral, terapias, radioterapias, entre otros.

Que, entre las consecuencias funestas que le traería la desvinculación, es que el único ingreso económico lo constituye el salario como funcionaria de la administración municipal, con el que debe costear parte de su tratamiento médico, costear los viajes a la ciudad de Cali y Popayán para los respectivos controles tanto de quimioterapia como radioterapias, la educación de su hija, alimentación, vivienda y el pago de los servicios públicos domiciliarios, atendiendo a que si bien tiempo atrás convivió con el señor JOHN JAIRO ANDRADE DORADO, padre de su hija, dicha unión perduró hasta el día 30 de agosto de 2019, y aunque la entidad demandada refirió que el señor Andrade Dorado aparecía actualmente en la ficha del Sisben como padre cabeza de familia, también es cierto que esa situación ya cambió tal y como se demostró con la declaración extra juicio realizada por el señor Andrade Dorado el día 30 de diciembre de 2021.

Que de igual manera, afirmó en su declaración el padre de la menor que debido a sus quebrantos de salud no ha podido seguir trabajado, por lo cual ella ha asumido toda la responsabilidad como madre cabeza de hogar, es por ello que necesita de dicho sueldo para poder solventar no solamente sus necesidades básicas y las de su menor hija sino la más importante que es su salud, pues de ella depende su vida, para lo cual solicita se ordene al Municipio de Timbío, hacer los pagos que ha dejado de percibir pues se encuentra en un estado de riesgo inminente y constante, lo que le ha llevado a tener fuertes dolores de cabeza, entumecimiento en las piernas, debilidad, angustia, depresión al verse desprotegida sin sustento económico alguno que le permita solucionar sus padecimientos de salud y demás necesidades básicas.

Refiere que se encuentra en trámites ante Porvenir empresa que tiene su pensión para que sea evaluada su situación laboral; incluyendo la calificación de la pérdida laboral, para lo cual solicita unos requisitos previos que están siendo procesados por dicha entidad, y a esperas de los siguientes trámites para su solicitud de pensión por invalidez.

TRAMITE IMPARTIDO

Asignada por reparto, la tutela se admitió mediante providencia del 10 de marzo del año en curso, siendo notificadas las entidades accionadas MUNICIPIO DE TIMBIO Y EPS SANITAS mediante oficios 340 y 341 del 11 de marzo del año en curso y las vinculadas mediante oficios Nos. 343 al 350 del mismo día, mes y año, concediéndoles un término de dos (2) días contados a partir del recibo de la notificación correspondiente, para que ejercitaran el derecho de defensa y de contradicción que les asiste, previniéndolos, que los informes se considerarán rendidos bajo la gravedad del juramento, así mismo, se les advirtió a los representantes legales o quien haga sus veces, que en caso que los informes no fueren rendidos dentro del plazo señalado se tendrá por ciertos los hechos manifestados en el escrito tutelar, y en consecuencia se procederá a resolver de plano.

RESPUESTA DEL ACCIONADO MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA

El municipio de Timbío, a través de su Representante Legal, Dra. Maribel Perafán Gallardo, dentro del término legal, indicó:

Frente a los hechos primero, que es cierto; al segundo, de acuerdo con los documentos aportados por la tutelante para el trámite de las incapacidades es cierto; frente a los hechos tercero y cuarto, no le consta, se atiene a lo probado con sujeción a la historia clínica de la accionante; a los hechos quinto y sexto, deben probarse; al hecho séptimo, no le consta; al hecho octavo, no es cierto; respecto de los hechos noveno, decimo y décimo primero que no le consta; respecto al hecho décimo segundo que es cierto, respecto a que se le notificó la Resolución de nombramiento de la persona que ganó el concurso de mérito, que no le consta

que la accionante requiera atención médica y continuar con sus terapias; frente al hecho décimo tercero que es cierto; de los hechos catorce a dieciséis que no le consta porque son hechos ajenos al Municipio de Timbío, dado que es un trámite de la accionante con entidades distintas al Municipio que apodera; frente al hecho décimo séptimo que no le consta, sin embargo, se debe señalar que en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte Constitucional 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 el concurso público de méritos”*. Respecto del hecho décimo octavo, que no le consta, puesto que son temas de resorte personal de la accionante.

Respecto a que el Municipio debe continuar pagándole el salario manifiestan que la accionante no tiene ningún vínculo laboral o contractual que obligue al Municipio a realizar dicho pago, porque la desvinculación se efectuó mediante auto debidamente motivado porque la plaza fue provista con una persona que ganó el concurso de méritos y solo había un cargo de Inspector de Policía Código 303 Grado 17, en la Planta del Municipio, es decir no existe cargo similar o de igual categoría al que desempeñaba la accionante. Y frente al hecho décimo noveno, manifiesta que no le consta, ya que es un trámite que no se adelanta ante la entidad.

Manifiesta como sustento de su defensa que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el acuerdo N° CNSC – 2019100000676 del 4 de marzo de 2019, convocó a concurso de méritos para proveer todos los cargos de carrera administrativa susceptibles de reportarse para esa época y que se encontraban en vacancia definitiva, entre los que se encontraban dos (2) vacantes del cargo de nivel Técnico denominado INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª CATEGORIA, Código 303, Grado 17, vinculado a la Secretaría de Gobierno y Participación Comunitaria y que ocupaba la accionante EN PROVISIONALIDAD. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil llevó a cabo el Concurso de Méritos producto de la Convocatoria Número 1083 de 2019 Territorial 2019, cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 5938 de 10 de noviembre de 2021, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª CATEGORIA, Código 303, Grado 17, identificado con el Código OPEC No. 78473, PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 - ALCALDIA DE TIMBIO, del Sistema General de Carrera Administrativa”*, según lo dispuesto en el Acuerdo No. 2019100000676 de 04 de marzo de 2019. Que las listas de elegibles del proceso de selección quedaron en firme el 26 de noviembre de 2021, y la Comisión Nacional del Servicio Civil envió copia al despacho de la Alcaldesa del Municipio de Timbío mediante el oficio No. 20212111509661 del 30 de noviembre de 2021 para efectuar los nombramientos en periodo de prueba en los empleos convocados a concurso, en estricto orden de mérito y de conformidad con el puntaje obtenido por las personas que ocupan un lugar de elegibilidad.

Refiere que surtiendo el debido proceso y atendiendo el orden de la lista de elegibles el Municipio de Timbío realizó el nombramiento de los interesados, en estricto orden de mérito para lo cual profirió la resolución N°3076 del 14 de diciembre de 2021, por medio de la cual efectuó un nombramiento en periodo de prueba a nombre de la señora CLAUDIA LORENA TOVAR ORDOÑEZ identificada con la cedula de ciudadanía N°25.282.110, quien ocupó el segundo puesto en la lista de elegibles con un puntaje de 68.18; en el mismo acto administrativo se terminó el encargo en provisionalidad de la accionante por ser lo procedente, en espera de que se diera la aceptación del cargo por parte de la interesada.

Ace saber que la nombrada aceptó el nombramiento reseñado el 20 de diciembre de 2021, el cual fue complementado con oficio del 28 de diciembre, mediante el cual confirmó su aceptación en el cargo de Inspectora de Policía, documento radicado en el archivo central de la Alcaldía Municipal de Timbío con número de radicación 8901.

Indica que la desvinculación de la accionante del cargo que ocupaba provisionalmente no obedece al capricho de dicha entidad, sino al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias del concurso de méritos surtido por la CNSC y por lo tanto no existe una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y que tanto la Jurisprudencia Constitucional como los conceptos del Departamento administrativo de la Función pública han

sido insistentes al mencionar que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de estabilidad laboral relativa la cual cede ante el nombramiento o provisión de dicho cargo con una persona de la lista de elegibles resultante de un concurso de méritos.

Que, la aludida estabilidad laboral relativa de los funcionarios públicos que ocupan en provisionalidad los cargos de carrera, es sujeto de especial cuidado cuando se acrediten condiciones especiales, como, por ejemplo, que la funcionaria sea madre cabeza de familia, como lo alega la accionante en su escrito incoatorio.

Al respecto, afirma que la entidad ha sido sumamente diligente y procedió a verificar en la base de datos del SISBEN encontrando ficha N°19807021568100000241 del 14 de diciembre de 2021, en la cual se pudo verificar que la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA no registra como MADRE CABEZA DE FAMILIA y que en contrario aparece reportada como integrante de grupo familiar en calidad de cónyuge, situación que quedó plasmada en la certificación del 14 de diciembre de 2021, emitida por la jefe de personal del municipio de Timbío, razón por la cual dicha entidad municipal se niega a admitir la existencia del perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales que busca probar la accionante y que, si ostentara esa condición de igual forma y al solo existir un cargo de inspector de Policía, debía nombrarse al primero de la lista de elegibles, como ocurrió.

De igual manera refiere que en la planta de personal del Municipio de Timbío no existe cargo similar, o de igual categoría al que desempeñaba la accionante, razón por la cual no es posible la reubicación laboral de aquella; argumentos que fueron expuestos a la accionante en la respuesta al Derecho de Petición del 14 de diciembre de 2021.

Antepones lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, “cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: “1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 3. Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”

Que, en cumplimiento de la anterior normatividad, la Oficina de Personal del Municipio de Timbío expidió certificación del 14 de diciembre de 2021, en el que certificó que revisada la hoja de vida de la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA y en confrontación con la base de datos del SISBEN Ficha No. 19807021568100000241 de 14 de diciembre de 2021, la citada funcionaria NO REGISTRA como madre cabeza de familia, sino como integrante de grupo familiar en calidad de cónyuge o compañera”. Así mismo se precisa que mediante Resolución No. 5938 de 10 de diciembre de 2021, “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª CATEGORIA, Código 303, Grado 17, identificado con el Código OPEC No. 78473, PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 - ALCALDIA DE TIMBIO, del Sistema General de Carrera Administrativa”, la Comisión Nacional del Servicio Civil, estableció la Lista de Elegibles para proveer los dos (2) empleos vacantes con un total de 21 aspirantes, por lo que la lista está conformada por un número muy superior de aspirantes a los empleos a proveer, imposibilitó dar al caso de la accionante una prioridad por el padecimiento de enfermedad catastrófica.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA EPS SANITAS

La Entidad Prestadora de Salud SANITAS, a pesar de haber sido notificada con oficio No. 341 del 11 de marzo de 2022, remitido a la dirección electrónica registrada para recibir notificaciones, no dio respuesta a los requerimientos del Despacho.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

EI MINISTERIO DE TRABAJO, se manifestó a través de la Dra. DALIA MARIA AVILA REYES, Asesora de la Oficina Jurídica del Ministerio, quien luego de hacer un recuento de los hechos y las pretensiones de la demanda manifestó que la acción de tutela es improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Trabajo

Arguye que la presente acción de tutela es improcedente también por el incumplimiento del principio de subsidiariedad conforme lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia 053 de 2002, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño y solicitó declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR

La Dra. DIANA MARTINEZ CUBIDES, en calidad de Representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, manifestó que, por lo expuesto en el escrito de tutela, se trata de un conflicto entre el empleador, y el accionante, situación que nada tiene que ver con la Sociedad Administradora.

Lo que pueden informar al Despacho, es que la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA, se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A. y registra como último empleador al MUNICIPIO DE TIMBIO, con último periodo cotizado el mes de enero de 2022, con novedad de Retiro del 1 de enero de 2022.

Que Porvenir S.A. y la compañía Seguros de Vida Alfa han adelantado las gestiones pertinentes, y dentro de las competencias administrativas a su cargo, esto es realizar en una primera oportunidad valoración por pérdida de capacidad laboral, dando como resultado un porcentaje de 36.28%, de origen común y fecha de estructuración del 21 de julio de 2021.

Que dada la inconformidad presentada por la accionante, la compañía Seguros de Vida Alfa realizó el correspondiente pago de honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Que, frente al pronunciamiento por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN, Porvenir no tiene competencia alguna, es directamente dicha entidad la que está llamada a responder, a fin de dar continuidad al trámite respectivo.

Afirma, frente a los hechos objeto de estudio que existe falta de legitimación por pasiva, trae a consideración lo manifestado por la Corte Constitucional en Auto 038/02, que la entidad llamada a dar contestación a la solicitud de la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA es el MUNICIPIO DE TIMBIO, ante la cual se dirigió la petición indicada en la acción de tutela, por lo que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde ningún punto de vista, sea por acción u omisión, ha trasgredido los Derechos Fundamentales de la accionante.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC

El Dr. JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CNSC, manifestó que dicha entidad recibió notificación de admisión de acción de tutela promovida por la aquí accionante Señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA, ante el JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN -CAUCA, bajo radicado No. 2021-000214, acción constitucional en donde el accionante alega hechos y pretensiones que pretenden resolver lo mismo que hoy expone como objeto de la presente acción de tutela, lo que de suyo hace improcedente la actual petición de amparo, puesto que no es razonable y menos aceptable, poner a consideración nuevamente ante un despacho judicial la misma situación de salvaguarda de intereses constitucionales, como quiera que, de aceptarse la tesis contraria sería tanto como atentar contra la seguridad jurídica e ir en contravía del

propósito de la acción de tutela, por lo que considera evidencia la existencia de temeridad de la actual solicitud de amparo.

Así mismo agrega que existe falta de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC, ya que este es el organismo encargado de la administración y vigilancia del Sistema General de Carrera y de los Sistemas Especiales y Específicos de Carrera Administrativa de origen legal; así mismo, el literal a) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 consagra que es función de la CNSC, establecer los reglamentos y los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera. En tal sentido, la acción de tutela como instrumento de protección, para este caso, es improcedente contra la Comisión, porque la competencia constitucional y legal de la entidad llega solo a la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles de conformidad con las etapas, por lo que solicita abstenerse de adoptar decisión alguna en contra de la entidad.

Por último, trae a consideración las etapas que se surtieron en la convocatoria No. 1083 de 2019, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo CNSC No. 20191000000676, del 4 de marzo de 2019., realizada respecto del cargo ocupado en provisionalidad por la accionante.

Finalmente, solicita su desvinculación por falta de legitimación debido a que el estado de los provisionales y de la planta de personal es responsabilidad única y exclusiva de la entidad.

CLAUDIA LORENA TOVAR ORDOÑEZ:

En calidad de vinculada, por razón de ser la persona que fue nombrada en periodo de prueba en virtud de haber ocupado el segundo lugar en el concurso de méritos, para provisión del cargo de INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª CATEGORIA, Código 303, Grado 17, manifestó su inconformidad con la suspensión del acto administrativo de carácter particular, mediante el cual se realizó su nombramiento en el cargo en mención. Argumenta la improcedencia de la medida cautelar realizada por el Despacho en el auto admisorio de la tutela y trae a colación las causales de excepción. Afirmando que hará uso del mecanismo establecido en el Acuerdo No. PSAA11-8716 de octubre 6 de 2011, del Consejo Superior de la Judicatura por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la Vigilancia Judicial Administrativa, con el objeto de garantizar veeduría durante el curso procesal.

Trae a consideración Jurisprudencia de la Corte Constitucional que atañe a la resolución del conflicto aquí planteado y sobre la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de indefensión.

Por último, solicita, se evalúe las incapacidades concedidas a la accionante (en cantidad y motivos) y se valore la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante establecida en solo 36%.

ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES POSITIVA:

El Dr. RAUL ERNESTO GAITAN ARCINIEGAS, en calidad de apoderado judicial de la entidad vinculada manifestó que revisados los sistemas de Positiva Compañía de Seguros S.A., se verificó que la Señora Lorena Gysel Rojas Gaviria, presenta vinculación inactiva en riesgos laborales, siendo su última vinculación como trabajadora dependiente con el empleador MUNICIPIO DE TIMBÍO, desde el 12 de enero de 2011 hasta el 1 de enero de 2022, periodo durante el cual reportó el evento registrado con el número de Siniestro 377766991 del 23 de octubre de 2020, evento sobre el que se definió en primera oportunidad por esta ARL mediante Dictamen Médico Laboral 2178988 del 4 de febrero de 2021, el Origen Común del Diagnóstico: U071 COVID -19VIRUS IDENTIFICADO.

Señala que el dictamen de origen fue notificado a las partes interesadas mediante oficio con radicado SAL-2021 01 005 094838 del 15 de febrero de 2021 por correo electrónico certificado, razón por la cual al haberse surtido en debida forma la notificación y al no evidenciarse recurso de apelación alguno, dicho dictamen cobró firmeza a partir del 3 de marzo de 2021.

Con relación a la petición de la accionante de reintegro laboral y pago de salarios y de prestaciones sociales, argumenta que es un tema que corresponde únicamente a la relación entre trabajador y empleador y por ende la entidad que representa no es la competente para pronunciarse ni realizar ninguna acción

Que al validar el escrito de tutela con la historia clínica de la Accionante, se evidencia que ella padece de "TUMOR MALIGNO DEL CEREBRO EXCEPTO LOBULOS Y VENTRICULOS (C710) EN EL LOBULO PARIETAL IZQUIERDO" frente al cual no se ha generado reporte de Accidente de Trabajo o Enfermedad Laboral en cabeza del empleador como lo dispone el Artículo 62 del Decreto 1295 de 1994.

Por último, manifiesta que carece de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicita se declare la improcedencia de la tutela con respecto a la entidad que representa.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA

La Doctora JULIETA BARCO LLANOS, en calidad de directora Administrativa y Financiera de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, manifestó respecto de los hechos uno al trece, que no le consta, son hechos ajenos a su representada; en cuanto a los hechos de defensa manifiesta que la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA, fue remitida a dicha entidad por parte de Seguros de Vida Alfa, con el fin de que se dirima controversia respecto de las patologías calificadas en primera oportunidad por esa entidad.

Que la Junta recibió el expediente y procedió a realizar el reparto en las salas que la conforman, correspondiéndole calificar a la sala de calificación No. 2, caso asignado a la Doctora JUDITH PARDO HERRERA, en reparto realizado el día 4 de marzo del 2022.

Una vez analizado el expediente aportado pasó para audiencia de calificación el 15 de marzo de 2022, posteriormente se notificará el dictamen.

Solicita su desvinculación de la presente acción de tutela, al considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

PRUEBAS

Con la acción de tutela, la accionante arrió las siguientes pruebas:

1-Declaración extrajuicio del señor JOHN JAIRO ANDRADE identificado con Cédula de ciudadanía número 76.297.086 de Timbío, Cauca.

2-Declaración extrajuicio de la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA identificada con cedula de ciudadanía número 34.317.968 expedida en Popayán cauca.

3-Historia clínica de la accionante

4-Resolución N° 3076 del 14 de diciembre de 2021 por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba y se termina un nombramiento en provisionalidad.

5-Fallo tutela Primera Instancia del 17 de enero de 2022.

6-Fallo tutela de Segunda Instancia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán.

7-Notificación de calificación perdida capacidad laboral.

8-Formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

9-Apelación de calificación perdida capacidad laboral.

10-Apelación de calificación perdida capacidad laboral por EPS SANITAS.

11-Remisión de expediente a la Junta Regional del Valle del Cauca.

12-Notificación de remisión de expediente a la Junta Regional del Valle del Cauca.

13-Fichas de consulta SISBEN.

La entidad accionada, Municipio de Timbío, anexó:

1-Copia de la respuesta al derecho de petición entablado por la accionante el 25 de noviembre de 2021, emitida por la Alcaldía Municipal de Timbío mediante oficio No. D.A. 100-887 del 14 de diciembre de 2021; Copia de la certificación emitida por la Jefe de Personal del Municipio de Timbío; verificación efectuada ante el SISBEN.

2. Copia de la resolución 5938 del 10 de noviembre de 2021 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, "Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª CATEGORIA, Código 303, Grado 17, identificado con el Código OPEC No. 78473, PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 - ALCALDIA DE TIMBIO, del Sistema General de Carrera Administrativa".

3. Copia del correo electrónico enviado por la señora CLAUDIA LORENA TOVAR ORDOÑEZ de fecha 20 de diciembre de 2021, mediante la cual acepta el nombramiento.

4. Copia del oficio radicado en la ventanilla única de correspondencia del Municipio Timbio, de fecha 28 de diciembre de 2021, con número de radicación 8901, en la cual la señora CLAUDIA LORENA TOVAR ORDOÑEZ acepta el nombramiento.

5. Copia del oficio fechado el 31 de diciembre de 2021 por medio de la cual se notificó a la accionante la terminación del nombramiento provisional.

6. Copia de la certificación expedida por la Jefe de Personal de la Alcaldía de Timbío, fechada el 5 de enero de 2022, en la que consta que en la planta global de cargos del municipio de Timbío solo existen dos empleos denominados INSPECTOR DE POLICÍA 3 A 6, CÓDIGO 303, GRADO 17, Adscritos a la Secretaría de Gobierno, los cuales fueron proveídos por el concurso de méritos.

Positiva ARL, adjuntó como pruebas:

- 1.-Certificado de afiliación de la accionante con positiva.
- 2.-Dictamen de origen 2178988 emitido por positiva.
- 3.-Oficio sal-2021 01 005 094838 con notificación de dictamen de origen 2178988.
- 4.-Copia de la escritura pública 0111.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, anexó la Resolución No. 3298 de 1 de octubre de 2021, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC y la Resolución 191 del 24 de enero de 2022.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, Porvenir y la señora Claudia Lorena Tovar, no anexaron pruebas.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

COMPETENCIA:

Este Juzgado es competente para resolver la presente acción de tutela, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000, el Decreto 1983 de 2017 y Decreto 333 de 2021.

EL PROBLEMA PLANTEADO

Se pretende establecer en el caso concreto si EL MUNICIPIO DE TIMBIO CAUCA, vulneró los Derechos Constitucionales Fundamentales aludidos por la accionante, al terminar su nombramiento en provisionalidad en el cargo de INSPECTORA DE POLICIA DE TIMBIO, CAUCA, por el nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, sin considerar la calidad de madre cabeza de familia y el grave estado de salud de la accionante y de ser así, si las entidades vinculadas comparten alguna responsabilidad frente a dicha situación

LA SOLUCION AL PROBLEMA

La Constitución Política establece en su artículo 86 que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quien el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión. Es necesario precisar que la acción de tutela es un mecanismo cuyo objeto es procurar la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando éstos están siendo amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular, tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución Nacional y los Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992; presupuesto que es viable siempre y cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El artículo 8º Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDA), señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Y en su artículo 25º reseña que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política cualquier persona puede promover la acción de tutela por sí misma o a través de otra que actúe en su nombre, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Legitimación activa: La acción de tutela encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio; situación que se presenta en el caso que nos ocupa, toda vez que la accionante presenta la acción constitucional a nombre propio para la protección de los derechos fundamentales reclamados.

Legitimación por pasiva: MUNICIPIO DE TIMBIO en calidad de empleador por su directa relación con la decisión que debe tomarse, teniendo en cuenta que era la entidad a la cual se encontraba vinculada laboralmente y en provisionalidad la accionante y que por efectos del nombramiento de la persona que ganó el concurso para el cargo que desempeñaba la tutelante, expidió el acto administrativo con la consecuente desvinculación.

En relación con la EPS SANITAS, fue directamente accionada en la demanda de tutela, siendo la eps que presta el servicio de salud a la accionante, debemos acotar que no se presenta reclamación en los hechos de la demanda que permitan concluir una acción u omisión frente a la cual haya una posible vulneración de derechos fundamentales de la actora, sin embargo deberá verificarse si debe ser objeto de algún ordenamiento en relación a los requerimientos de tratamiento a la enfermedad de la accionante.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC; MINISTERIO DE TRABAJO; OFICINA DE TRABAJO TERRITORIAL CAUCA; PORVENIR; SEGUROS ALFA; JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ VALLE DEL CAUCA; INSPECCIÓN DE POLICIA DE TIMBIO, CAUCA y CLAUDIA LORENA TOVAR ORDÓÑEZ, fueron llamadas por pasiva a efectos de determinar si guardan alguna relación con los hechos expuestos en la tutela.

- Inmediatez: La accionante fue desvinculada del cargo que venía desempeñando como Inspectora del Municipio de Timbío, Cauca, desde el 1 de enero de 2022, por lo que la acción se ha interpuesto dentro de un término razonable.
- Subsidiariedad: En cuanto a la subsidiariedad, establece el artículo 86 que “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]” Así es que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Frente a este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

En el caso de estudio, si bien la accionante cuenta con otros medios judiciales para atacar el acto administrativo que dispuso su desvinculación, también es cierto que dicho medios de control que debe adelantar frente a la jurisdicción contencioso administrativa, dado el tiempo que abarcan para su decisión por la conocida congestión de los despachos, no es un medio idóneo frente a la situación grave de salud que la accionante afronta en la actualidad.

En este punto también el Juzgado refiere que la tutela no se otra temeraria por el hecho de que los hechos hayan sido ya puestos en conocimiento de un juez constitucional con anterioridad, toda vez que se verifica que la decisión fue de declarar la tutela improcedente por falta de legitimación en la causa por activa, debido a que un abogado actuó en favor de la señora LORENA GYCEL ROJAS, sin que mediara la existencia del poder para su representación, motivo por el cual quedó a salvo su derecho a interponer otra acción de tutela como efectivamente ha hecho.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD.

“La acción de tutela es un mecanismo especial creado por la Constitución Política con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, cuando estos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o, eventualmente por los particulares. Esta herramienta ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio.

Precisamente teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que «por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela”¹

SOBRE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD.

Estableció el constituyente primario en su artículo 125 superior que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que la misma norma comenta, esto es: «los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales» así como los que la Ley defina, sumado a los regímenes especiales de creación constitucional. El objetivo entonces de este tipo de provisiones, no es otro más que permitir un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el que su ingreso, ascenso,

¹ C-132 de 2018

permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no queden sujetos a la mera discrecionalidad del nominador.

La Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, expresa:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”.

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha considerado que: «*la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad, Por esta razón, la corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales*».²

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER- “Orden a municipio vincular a la accionante en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba como docente.

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.

(...)

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento. (Corte Constitucional. Sentencia T-373 de 2017, M.P. Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER)

Respecto a la terminación del nombramiento en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispuso:

² (Corte Constitucional. Sentencia T-357 de 2016).

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Implica lo anterior que el retiro de un empleado en provisionalidad procede siempre y cuando se motive. Tal como lo establece la normatividad antes señalada y la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1. (SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula a efectos de ejercer su derecho de contradicción.

En la Sentencia SU-917 de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional dijo:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección, aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. [...]

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. [...]

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.(Corte Constitucional. Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. (Corte Constitucional. Sentencias SU-446 de 2011. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-186 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del Artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP). (Corte Constitucional, sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

La Honorable Corte Constitucional, ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas que por su calidad, requieren una especial protección constitucional al estar en condiciones de vulnerabilidad

En la Sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento al respecto:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. En consecuencia, 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.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).*

Pese a la potestad de desvincular a un empleado público en provisionalidad, para no vulnerar sus derechos, si se encuentra en condiciones especiales, el empleador debe observar unos requisitos establecidos en la estabilidad relativa o intermedia de la que son acreedores:

- (i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y
- (ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. *“La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.*¹⁰

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de

los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

La Corte Constitucional en sentencia SU 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados por concurso, refirió:

“.....Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹¹, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación¹². En consecuencia, 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.**

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: “... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”¹³

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.**

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, **fuera las últimas en ser desvinculadas**, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, Artículo 13 inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En la Sentencia T-595 de 2016, al respecto, la Corte señaló:

“(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.”

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015, prevé el orden para la provisión de empleos de carrera así:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

(...)

Conforme a la norma en cita, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta, entre otros, a quienes tienen la protección especial arriba anotada, para que en lo posible estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

En conclusión puede afirmarse que los funcionarios nombrados en provisionalidad no cuentan con un derecho perpetuo a ser sostenidos en el cargo ejercido, dado que lo cierto del caso, es que tal provisión debe avenirse bajo las reglas del artículo 125 de la Constitución Nacional- concurso de méritos- pero, ello tampoco puede implicar que se desconozca o no se materialicen lo que se conoce como acciones afirmativas en pro de garantizar la protección a sus derechos, esto es, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos, en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos.

En cuanto a la calidad de madre o padre cabeza de familia y la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de mérito, el tribunal de cierre constitucional ha destacado que su protección, es transversal, es decir, debe aplicarse a todos aquellos procesos que impliquen transformaciones y renovación del personal por los empleadores, casos en los que deben adoptarse medidas especiales a favor de las los mismos, sin ser necesario que dichas reformas estén supeditadas al marco establecido por la Ley 790 de 2002, conocido como retén social.

Teniendo en cuenta que ante el nombramiento de quienes superan el respectivo concurso de méritos, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derechos de estos, debe resultarse que esta estabilidad «*encuentra protección constitucional en la medida en que, la igualdad de condiciones puedan 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*».

Es menester resaltar que para determinar el acceso al servicio público y que los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, ya ha sido suficientemente decantado, prevalecen sobre los de las personas que se encuentran en provisionalidad, reiterando la necesidad de las acciones afirmativas que deben deprecarese respecto de las mismas, de tal

manera que le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres de familia, los que están próximos a pensionarse y las de situación en discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

EL CASO EN CONCRETO.

La accionante LORENA GYCEL GAVIRIA ROJAS, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la SALUD, VIDA, SEGURIDAD SOCIAL, TRABAJO, MINIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA Y A LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA, al considerar que el Municipio de Timbío le ha vulnerado, por terminar su nombramiento en provisionalidad, en virtud del nombramiento realizado en período de prueba en el cargo que venía ocupando la accionante; argumentando que ostenta la calidad de madre cabeza de familia, lo que implica la configuración de una debilidad manifiesta, sin que hubiese sido reubicada pese a que puso de presente dicha situación a su empleador.

Se encuentra plenamente probado que la accionante ocupaba el cargo de INSPECTOR DE POLICIA 3 a 6a, Código 303, Grado 17, en provisionalidad; así mismo, que el vínculo con la accionada terminó en virtud del nombramiento en período de prueba del elegible seleccionado en el correspondiente concurso de méritos, esto es la señora CLAUDIA LORENA TOVAR ORDÓÑEZ.

Así las cosas dada la preponderancia que goza la elección por concurso de méritos para los cargos de carrera administrativa, es necesario analizar lo manifestado por la accionante respecto de su condición de madre cabeza de familia, como requisito para su protección, a lo que valga la pena resaltar que con las declaraciones extra juicio y la ficha del Sisben, se pudo corroborar que el hogar se encuentra conformado por la accionante y su hija menor de edad, aunado a las manifestaciones de la misma en las que afirma que es madre cabeza de familia, tiene a su cuidado y cargo a la menor de quince años de edad, además de los gastos que le genera la enfermedad.

No obstante lo anterior, no puede ignorarse lo manifestado por el señor JHON JAIRO ANDRADE DORADO, cuando en versión extrajuicio rendida ante la Notaría Única del Circulo de Timbío, indica que no convive con la señora LORENA GYCEL GAVIRIA ROJAS desde el 30 de agosto de 2019, por lo que el cuidado personal y la manutención de la menor están a cargo única y exclusivamente de su madre, así como lo relacionado con vivienda, salud y educación, que él no responde por su hija menor de edad debido a la enfermedad cardiaca que padece, que le impide laborar.

En este orden de ideas, en principio puede decirse que se cuenta con la totalidad de elementos que permitan afirmar la ocurrencia de la calidad de madre cabeza de familia de la accionante, considerando los requisitos que ha pregonado la Corte Constitucional y que fueron expuestos en acápites anteriores; si bien es cierto, en el momento de constatar dichos elementos, la Alcaldía Municipal tuvo en cuenta, la ficha del Sisben, en la que se determinaba que el grupo familiar de la accionante lo encabezaba el señor Jhon Jairo Andrade, también lo es, que en la nueva ficha figura la señora LORENA GYCEL GAVIRIA ROJAS, como madre cabeza de familia, aunado a ello, las manifestaciones extraprocesales y las referidas en la acción de tutela, que conllevan a determinar su calidad de madre de familia, teniendo a su cargo, el sostenimiento de su grupo familiar conformado con su hija menor de edad.

De lo pretendido por la hoy reclamante puede concluirse que al momento de la desvinculación de la administración municipal, se torna justificado en el acceso a la carrera administrativa de la persona que superó el concurso de méritos adelantado por la CNSC y que para esa fecha no figuraba como cabeza de familia según la verificación que la alcaldía hizo en el Sisben, pese a que dicha información no había sido actualizada por la misma accionante, por cuanto ya no conformaba un hogar con el que es su esposo y padre de su hija, pero con quién ya no convive.

Sin embargo, la condición de madre cabeza de familia es evidente con los medios de prueba aportados y que ante su desvinculación se enfrenta a la ausencia inicial de recursos para atender los gastos del grupo familiar, aunado a ello, padece una enfermedad como el cáncer,

lo cual pone su situación de salud en un estado grave por lo cual no le permitiría acceder al mercado laboral en las mismas condiciones que una persona en condiciones de buena salud.

Aunque no puede perderse de vista la forma de vinculación en provisionalidad, la cual según la jurisprudencia constitucional los servidores que la ostentan «*gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso de estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, 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 mérito*» (Sentencia SU 917 de 2010). Por lo tanto, la remoción del cargo, que en últimas se ha producido, se encuentra en concordancia con los preceptos legales que regulan la materia.

Por otra parte, revisada la actuación del Municipio de Timbío, Cauca, contenida en la Resolución No. 3076 del 14 de diciembre de 2021 "POR MEDIO DE LA CUAL SE EFECTUA UN NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA Y SE TERMINA UN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD", se encuentra, que la misma, se sustenta en la expedición de la Resolución No. 5938 del 10 de noviembre de 2021 "Por el cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes definitivas del empleo denominado INSPECTOR DE POLICIA 3ª A 6ª Categoría, Código 303, Grado 17, dentro del concurso de mérito desarrollado por la Convocatoria No. 1083 de 2019, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo CNSC No. 2019100000676, del 4 de marzo de 2019.

El Despacho considera que la motivación del retiro del servicio de la accionante es razonable y no se evidencia arbitrariedad, ni trato discriminatorio por las razones que le expuso la accionante a la administración municipal, sin embargo, es diferente respecto del delicado estado de salud de la señora GAVIRIA ROJAS, ocasionado con el cáncer de cerebro que padece desde aproximadamente año y medio antes de su desvinculación como Inspectora de Policía del Municipio de Timbío.

No obstante, conforme a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se indicó con antelación, y concretamente la establecida en la Sentencia SU-446 de 2011, en la que, la Corte en Sala de Revisión, resolvió algunos casos que guardan similitud con el que nos atañe, estableció que «*...la entidad demandada tenía la obligación de prodigar un trato preferencial a las madres y padres cabeza de familia, prepensionados y personas con limitaciones, que fueron retirados de los cargos de carrera que ocupaban en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación por la prevalencia de los derechos de quienes debían acceder a esos cargos al superar el concurso de méritos, como una medida afirmativa en aplicación del artículo 13 de la Constitución. Motivo por el cual, le ordenó que, de ser posible, (de existir cargos vacantes), fueran nuevamente vinculadas provisionalmente en cargos equivalentes a los que venían ocupando antes de su desvinculación, para lo cual debían demostrar cualquiera de esas condiciones para la época de su desvinculación y en el momento del posible nombramiento*».

Por lo que, en el caso a estudio, el Despacho considera que antes de expedirse la lista de elegibles para el nombramiento de quien debía ocupar el cargo de INSPECTOR DE POLICIA 3 a 6a, Código 303, Grado 17, en provisionalidad, se ha debido prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Lorena Gysel Gaviria Rojas, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de cerebro que le fue diagnosticado como "TUMOR MALIGNO DEL CEREBRO EXCEPTO LOBULOS Y VENTRICULOS (C710) EN EL LOBULO PARIETAL IZQUIERDO", venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de su salud, situación que la pone en un estado de debilidad manifiesta y que era ampliamente conocido por la administración municipal, quién en su respuesta afirmó conocer las incapacidades médicas que reportó la accionante por estado de salud.

El Municipio de Timbío, en cabeza de la señora Alcaldesa, manifestó en la contestación de la demanda, que se considera rendida bajo la gravedad del juramento, que no existen cargos de igual o similar categoría al que ocupaba la accionante como Inspectora de Policía, por lo que en su momento, no aplicó dispositivo alguno que la pudiera favorecer dada su condición de enfermedad; así mismo la considero no beneficiaria de ninguna protección dado que no cumplía los requisitos de madre cabeza de familia ya que en el Sisben no figuraba como tal,

según la constancia de la Oficina de Personal de la entidad; sin embargo, habida cuenta que la alteración de la normalidad de su estado de salud era evidente al momento de su desvinculación laboral, es más se encontraba en incapacidad médica por tal motivo, debió haberse protegido los derechos fundamentales de la accionante, siguiendo los derroteros que la jurisprudencia constitucional ha trazado para estos casos.

Por ello, se reitera que la Administración Municipal, si bien no podía mantener en el cargo de inspectora a la accionante, dado su estabilidad laboral relativa, frente a la persona que accede al cargo por derechos de carrera que fue lo que motivó la desvinculación, también se evidencia que para verificar su derecho a una estabilidad laboral reforzada, la accionada tuvo en cuenta la calidad o no de madre de familia de la accionante, sin considerar que esa estabilidad laboral reforzada también le era aplicable por razón del cáncer que padece al tratarse de una enfermedad catastrófica, y que le era conocida al empleador, al reportarse las incapacidades médicas y ante la evidente condición física por el estado de salud que se describe en la historia clínica, por lo cual se debió de haber tomado acciones positivas para tratar su reubicación en un cargo vacante que si no era el mismo, a otro que tuviera equivalencia con el que desempeñaba.

Conforme a las reglas jurisprudenciales antes referidas y en aras de proteger los derechos fundamentales de la accionante, ya que no procede ordenar su vinculación inmediata a un cargo igual al no existir uno vacante, y dado el estado de salud reportado por el cual requiere una especial protección del Estado, se ordenará al Municipio de Timbío, Cauca, que una vez se produzca una vacante en forma provisional o definitiva **en un cargo igual o equivalente**, se nombre nuevamente a la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA con prioridad, por lo tanto, la administración municipal deberá en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, tomar acciones positivas para verificar la existencia de vacantes en las condiciones enunciadas, quedando así sin efectos la medida provisional decretada en el auto admisorio.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Rojas Gaviria en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad en sus labores estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar no sea provisto en propiedad mediante sistema de carrera y a que su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Respecto a las solicitudes de pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es esta la vía adecuada para ordenarlos, por lo que se concluye, sería la vía ordinaria el mecanismo adecuado para que pueda solicitar su reconocimiento, en caso de que proceda, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela.

En cuanto a la solicitud de que se valore de manera rápida la calificación de invalidez, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, contestó en esta acción, que el 15 de marzo del año en curso, pasó el caso para audiencia de calificación, la que posteriormente notificaran, por lo que no se vislumbra vulneración de derecho alguno.

Desvincular del presente trámite tutelar a las personas jurídicas y naturales vinculadas, así como a la EPS SANITAS como accionada, al no encontrarlas incursas en acción u omisión que pueda ser objeto de la vulneración de derechos fundamentales de la accionante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Timbío, Cauca, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

Primero: TUTELAR el derecho fundamental de Estabilidad Laboral Reforzada, salud y mínimo vital en favor de la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA, identificada con la cédula de ciudadanía No 34.317.968 de Popayán Cauca, de conformidad con las consideraciones

expuestas en la parte motiva de la presente providencia y en contra del MUNICIPIO DE TIMBIO, CAUCA.

Segundo: ORDENAR como consecuencia de lo anterior, al MUNICIPIO DE TIMBIO, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, que una vez se produzca una vacante en forma provisional o definitiva **en un cargo igual o equivalente**, se nombre nuevamente a la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA con prioridad, por lo tanto, la administración municipal deberá en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, tomar acciones positivas para verificar la existencia de vacantes en las condiciones enunciadas, quedando así sin efectos la medida provisional decretada en el auto admisorio.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Rojas Gaviria en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad en sus labores estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar no sea provisto en propiedad mediante sistema de carrera y a que su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Tercero: ADVERTIR al MUNICIPIO DE TIMBIO, que el incumplimiento injustificado a lo ordenado en esta decisión, la hará incurrir en desacato, sancionable, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

Cuarto: NEGAR la solicitud incoada por la señora LORENA GYCEL ROJAS GAVIRIA en cuanto al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir a cargo del MUNICIPIO DE TIMBIO, por las razones expuestas.

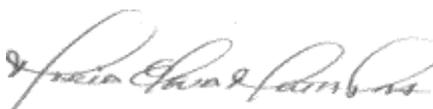
Quinto: Desvincular del presente trámite tutelar a las personas jurídicas y naturales vinculadas, así como a la EPS SANITAS como accionada.

Quinto: NOTIFICAR el contenido de la presente decisión a las partes, de la forma más expedita y eficaz, de acuerdo con lo previsto por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991. Contra esta decisión procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

Sexto: ORDENAR que en el evento de que no sea impugnada esta decisión, se remita el proceso a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,



MARIA ELENA MUÑOZ PAZ