

**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE
DUITAMA**

**PALACIO DE JUSTICIA
CARRERA 15 N° 15-23 OFICINA: 203 PISO 2
Email: jo3pmpalgduitama@cendojramajudicial.gov.co**



SENTENCIA TUTELA No. 0066

Duitama, 10 de noviembre de 2023

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA

RAD. TYBA	1	5	2	3	8	4	0	8	8	0	0	3	2	0	2	3	0	0	7	1
	Dpto.		Municipio		Entidad		Unidad Receptora				Año			Consecutivo						

Radicación interna: 152384088003202300392-00

Accionantes: CONSUELO RINCÓN FUENTES

Accionada: MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN

Vinculada (s): 1. MINISTERIO DE TRABAJO

2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

3. NUEVA EPS

4. JHON FREDY RODRIGUEZ RUIZ

ASUNTO POR TRATAR

Procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por la señora Consuelo Rincón Fuentes, actuando en nombre propio contra el Municipio de Duitama – Secretaría de Educación, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en salud y pensión, al mínimo vital y móvil y vida digna.

HECHOS QUE MOTIVAN EL AMPARO

Como fundamento fáctico expone la accionante lo siguiente:

- (i) Manifiesta que nació el 08 de abril de 1981, contando actualmente con 42 años.
- (ii) Alude que en febrero de 2022, fue diagnosticada con Cáncer de Linfoma T periférico, contando con un concepto de rehabilitación favorable expedido por la Nueva EPS de fecha 12 de septiembre de 2022, pero que desde abril de 2023, su estado de salud ha recaído, siendo diagnosticada medicamente con “*linfoma folicular, grado I, Linfoma periférico de células T no clasificado en otra parte y tiroiditis aguda*”, razón por la que se encuentra en un tratamiento contra el cáncer en la Clínica de Cancerología de Boyacá.
- (iii) Recalca que es madre cabeza de familia teniendo a su cargo a un menor de 5 años y un adolescente que ya terminó sus estudios de bachillerado, agregando que se encuentra imposibilitada en conseguir otro empleo por causa de la patología que

padece y del tratamiento médico que este acarrea.

- (iv) Indica que debido a su padecimiento se encuentra situada en un estado de debilidad manifiesta a causa de las quimioterapias que recibe, encontrándose imposibilitada para trabajar. Por lo anterior sugiere que es un sujeto de especial protección constitucional.
- (v) Añade que el 8 de agosto de 2007, fue nombrada de manera provisional en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1, en el municipio de Duitama, designación que se dio por terminado mediante Decreto 681 del 23 de agosto de 2022, expedido por el municipio de Duitama.
- (vi) Señala que interpuso una acción de tutela para la fecha antes en mención, correspondiéndole al Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama, el cual el 13 de septiembre de 2022, emitió fallo en el que ordenó *“vincular a CONSUELO RINCON FUENTES de forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba. Si no contaba el Municipio de Duitama con dicha vacante debía iniciar las actuaciones necesarias para que CONSUELO RINCON FUENTES fuera vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud.”*
- (vii) Menciona que en cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, mediante Decreto 178 del 20 de abril de 2023, el Municipio accionado la nombró provisionalmente en la planta global de cargos de las instituciones educativas del Municipio de Duitama, adscrita a la Secretaría de Educación, presentándose a laborar en el colegio santo tomas de Aquino el 03 de mayo de 2023.
- (viii) Declara que mediante Decreto 519 de 2023, el municipio le comunicó que el vincula laboral finalizaba el 01 de noviembre de 2023, ya que por concurso de mérito (Resolución 2892 del 01 de marzo de 2022) el señor JHON FREDY RODRIGUEZ RUIZ, supliría el cargo que ocupaba la accionante.
- (ix) Ostenta que, llevó la historia clínica para que se le tramitara el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, solicitud que fue negada en virtud de que existía un concepto de rehabilitación favorable. En igual forma sustenta que, el médico tratante no le expidió más días de incapacidad, reintegrándose a sus labores el 10 de junio.
- (x) Precisa que, el municipio en el acto administrativo que la desvincula desconoce que goza de estabilidad laboral reforzada por estar inmersa en un fuero de salud, estado de salud que es notorio por las incapacidades y debilidad manifiesta en la que se encuentra, y que continua en un tratamiento médico contra el cáncer, patología que es de largo plazo y que genera barreras laborales.
- (xi) Exterioriza que, si bien los derechos de carrera es una causal objetiva de terminación de vínculo laboral, también es cierto que no puede ser despedida estando en estado de debilidad manifiesta, ya que esta desvinculación se presume discriminatoria, pues a su sentir, el municipio no llevo acciones afirmativas para garantizar que su cargo sea el último en ser ocupado, así como tampoco solicitó el permiso al ministerio de trabajo para la desvinculación de su cargo.
- (xii) Puntualiza en que no es necesario contar con el dictamen de pérdida de

capacidad labora para probar el estado de salud bastando con los hechos notorios y las incapacidades que ha tenido, activándose así el fuero de salud.

- (xiii) Por último, menciona que cumple con los requisitos jurisprudenciales para considerarse madre cabeza de familia, situación que fue de conocimiento de la administración municipal a través de derecho de petición, solicitud que no fue resuelta.

PETICIÓN

En consecuencia, la promotora solicita:

a. Pretensiones principales:

1. *Tutelar el derecho fundamental al Debido Proceso dado que la desvinculación por parte del Municipio de Duitama por medio de Decreto No. 519 de 20 de octubre de 2023, se presume discriminatorio, pues al estar investida por el fuero de estabilidad laboral por su condición de salud...*
2. *Tutelar el derecho fundamental al Debido Proceso dado que su desvinculación por parte del Municipio de Duitama por medio de Decreto No. 519 de 20 de octubre de 2023, se dio sin que el ente territorial hubiera desplegado acciones afirmativas para garantizar que el cargo que ocupó sea el último en ser proveído con la lista de elegibles, en aplicación de la sentencia SU 063 de 2022, de la Corte Constitucional.*
3. *Tutelar el derecho fundamental al Debido Proceso dado que su desvinculación por parte del Municipio de Duitama se dio sin autorización del Ministerio del Trabajo.*
4. *Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y pensiones al mínimo vital y móvil, y a la vida digna, los cuales han sido violentados por el Municipio de Duitama, al notificarme el Decreto No. 519 de 20 de octubre de 2023, el cual desvincula a una funcionaria nombrada en provisionalidad que goza de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud y madre cabeza de familia, sin haber desplegado acciones afirmativas.*
5. *Solicita desplegar acciones afirmativas ordenando al Municipio de Duitama, Revocar el Decreto No. 519 de 20 de octubre de 2023, para que pueda seguir con el nombramiento de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, grado 1, en el Colegio Santo Tomas de Aquino.*
6. *Ordenar al Municipio de Duitama, que el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, grado 1, en el Colegio Santo Tomas de Aquino, el que ocupo en este momento sea el último en ser provisto con la lista de elegibles -Resolución 2892 de 1 de marzo de 2022 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
7. *Ordenar al Municipio de Duitama, que certifique cómo se encuentra provisto el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, grado 1, del Colegio Simón Bolívar, que ocupaba el señor Luis Antonio Tobasia identificado con cédula de ciudadanía número 11.334.737, quien cumplió requisitos para pensión y al parecer dicho cargo no ha sido provisto ni por la lista de elegibles ni en provisionalidad, es decir, en este momento se encuentra vacante.*
8. *En caso de que el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, grado 1, del Colegio Simón Bolívar, que ocupaba el señor Luis Antonio Tobasia, se encuentre vacante, solicita que en cumplimiento de acciones afirmativas, y en protección de sus derechos fundamentales, ORDENAR al Municipio de Duitama que el señor Jhon Fredy Rodríguez Ruiz, quien ocupó el puesto 34 de la lista de elegibles se sea*

nombrado en ese cargo.

b. Pretensiones subsidiarias:

- 1. En caso de no prosperar las pretensiones principales, solicita que en aplicación de acciones afirmativas, ordenar al Municipio de Duitama que certifique los cargos de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, Grado 1, que tiene la planta global de cargos del Municipio de Duitama y la planta global de cargos de la Secretaría de Educación, y frente a cada uno si está provisto en carrera administrativa o en provisionalidad, especificando si el funcionario tiene fuero de estabilidad laboral reforzada.*
- 2. En caso de existir cargos vacantes provistos en provisionalidad, de Auxiliar de Servicios Generales, código 470, Grado 1, que es el cargo que ocupa, en la planta global de cargos del Municipio de Duitama o en la planta global de cargos de la Secretaría de Educación, solicita ORDENAR al Municipio de Duitama, reubicarme en alguno de esos cargos vacantes, con ajustes razonables necesarios, para que pueda desempeñar las funciones en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, sin que sea una carga exagerada o indebida que pueda empeorar su condición de salud.*
- 3. Ordenar al Municipio de Duitama que el nuevo cargo sea el último en ser provisto por la lista de elegibles Resolución 2892 de 1 de marzo de 2022, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, garantizando así el despliegue de acciones afirmativas, en protección de sus derechos fundamentales, dado que es una persona en condición de vulnerabilidad.*

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, mediante providencia del 31 de octubre de 2023, este despacho judicial admitió el presente amparo constitucional, vinculando de manera oficiosa al Ministerio de Trabajo, de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, a la Nueva EPS y al Señor Jhon Fredy Rodríguez Ruiz, quien es la persona que ocupará el cargo en el cual laboró la accionante, se ordenó notificar y correr traslado a la accionada y vinculadas, para que en un término improrrogable de 2 días contados a partir del recibo de la comunicación, se sirvieran dar respuesta y allegar las pruebas que consideren pertinentes.

En el anterior auto se requirió a la -CNSC- y al Municipio de Duitama, para que se sirvan proveer los datos de notificación del señor Jhon Fredy Rodríguez Ruiz, a fin de poder ser informado por parte de este despacho del presente trámite constitucional, para lo cual se concedió el término de 3 horas para que se allegue la información requerida. Información que fue suministrada por la -CNSC- mediante mensaje de datos y allegada al correo electrónico del despacho. Siendo notificado en debida forma el señor Jhon Rodríguez.

Contestación del Municipio de Duitama

- (i) El 02 de noviembre de 2023, a través de apoderada judicial argumenta: Frente a los hechos, menciona que no les consta la patología deprecada por la accionante, en igual forma si es sujeto de especial protección por ser madre cabeza de familia o por el fuero de salud al que alude.
- (ii) Menciona que efectivamente la tutelante fue nombrada mediante Decreto 486

del 03 de agosto de 2007, en provisionalidad en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 – 06 de la planta global de cargos de la alcaldía de Duitama, nombramiento que se dio por terminado mediante decreto No. 681 del 23 de agosto de 2022. Siendo reintegrada en cumplimiento de un fallo de tutela, y posesionándose mediante Decreto 178 de 20 de abril de 2023, en el mismo cargo a la planta administrativa de la Secretaría de Educación Municipal. Provisionalidad que se dio por terminada mediante Decreto 519 del 20 de octubre de 2023, debido al nombramiento de la persona que fue elegida mediante concurso de méritos (Resolución 2892 de 1 marzo de 2022)

- (iii) Agrega que de conformidad con el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, han realizado todas las acciones afirmativas en relación con el presente caso, tal y como se realizó en cumplimiento al fallo de tutela, agregando que la desvinculación obedece a una justa causa y si bien jurisprudencialmente se tiene que deben ser las ultimas en desvincular de sus cargos esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.
- (iv) Frente a las pretensiones, señala que se opone a las mismas, toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico en el que pueda condenarse al Municipio de Duitama, en razón a que la desvinculación se realizó conforme a las normas y directrices del caso, sin que a la fecha de la terminación del vínculo laboral se observe la existencia de un proceso por pérdida de capacidad laboral que permita determinar que la accionante se encuentre en un estado de estabilidad laboral reforzada.
- (v) Por lo anteriormente expuesto solicita sea desvinculad del presente tramite constitucional, al no vulnerar ningún derecho fundamental invocado por la actora.

Contestación de la Nueva EPS S.A.

- (i) El 02 de noviembre de 2023, a través de apoderada judicial, argumenta que la demandante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud en un estado activo, mediante el régimen subsidiado.
- (ii) Señala que el área jurídica de la entidad en mención emitió un informe, en el que relacionan que la señora Consuelo Rincón Fuentes, se encuentra habilitada para recibir los servicios de salud. Es así como plantea una falta de legitimación por pasiva, ya que las pretensiones del escrito de tutela versan sobre otra entidad de las que la Nueva EPS no tiene ninguna injerencia, por tal razón solicita sea desvinculada del presente tramite constitucional.

Contestación de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-

- (i) El 02 de noviembre de 2023, a través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, argumenta que: De la lectura realizada de los hechos y el petitorio del escrito de tutela, se puede concluir que la accionante procura es mantener en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470, grado 1.
- (ii) Por la anterior apreciación plantea las siguientes figuras jurídicas: (a) Improcedencia de la Acción de Tutela; En razón a que la acción de tutela no

cumple el requisito de subsidiariedad, ya que la actora debe agotar los medios judiciales ordinarios, tal y como lo establece el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Aunado a lo anterior, menciona que el debido proceso en los concursos de mérito está envuelto del principio de legalidad.

- (iii) Propone la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que estima que, el amparo va encaminado a que se le ordene al municipio que el cargo que ocupa la tutelante sea el último en ser provisto con la lista de elegibles, situación que no es de competencia de la -CNSC-, es así como se evidencia una inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales de la demandante.
- (iv) Por otro lado, informa que la señora Consuelo Rincón Fuentes, participó en el concurso de mérito ocupando el puesto 160, por tal motivo no alcanzó a ser nombrada. Señala que la competencia de esta entidad va hasta la expedición de las listas de elegibles y la facultad para nombrar y posesionar es deber del nominador de cada entidad territorial.
- (v) Frente al nombramiento en provisionalidad, menciona que como su nombre lo dice es un mecanismo en provisión transitoria de los empleos, es así como la Alcaldía de Duitama, ofertó a concurso de mérito sus empleos en vacancia definitiva y que de conformidad al artículo 27 de la ley 909 de 2004, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito.
- (vi) De lo anterior concluye que la accionante no puede alegar un perjuicio irremediable en su contra por el nombramiento al que tiene derecho la persona que ganó el concurso de méritos, ya que su nombramiento es de carácter transitorio.
- (vii) Por último, peticona que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, en caso de amparar la acción de tutela solicita sea desvinculada del presente tramite por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Contestación del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial de Boyacá

- (i) El 02 de noviembre del 2023, a través de la asesora de la oficina jurídica, después de realizar una descripción de los hechos y pretensiones de la acción de tutela, plantea como fundamentos de defensa; Improcedencia del amparo por falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Ministerio del Trabajo, ya que no cuenta con las funciones, ni atribuciones a endilgar a esta entidad, como consecuencia solicita su desvinculación ya que no es la entidad que presuntamente vulneró o amenazó los derechos fundamentales invocados por la tutelante.
- (ii) De igual forma plantea la improcedencia de la acción constitucional por el incumplimiento del principio de subsidiariedad, ya que cuenta con otro medio de defensa, como es acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y invocar un medio de control de nulidad. Concluyendo que la acción de tutela no es el mecanismo para ventilar las pretensiones alegadas por la tutelante, solicitudes

que como ya se dijo deben ir a la vía ordinaria y tramitada por la jurisdicción antes mencionada.

- (iii) Por último, peticiona se declare la improcedencia de la acción con relación al ministerio del trabajo y en consecuencia sea exonerado de responsabilidad alguna, dado que no ha vulnerado, ni puesto en peligro ningún derecho fundamental de la accionante.

El señor Jhon Fredy Rodríguez Ruiz a pesar de ser debidamente notificado al correo electrónico suministrado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no allegó contestación del amparo.

SÍNTESIS DEL RECAUDO PROBATORIO

ACCIONANTE:

Documentales:

1. Escrito de la Acción de Tutela y anexos

ACCIONADA: Municipio De Duitama – Secretaría De Educación

Documentales:

1. Respuesta de la acción de tutela y anexos

VINCULADAS:

1. Respuesta de la Nueva EPS S.A.
2. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-
3. Respuesta del Ministerio de Trabajo – Dirección Territorial de Boyacá

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

La Acción de Tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución vigente a partir de 1991, la cual trata de un mecanismo judicial, que garantiza a toda persona la protección inmediata de sus Derechos Fundamentales, que fue reglamentado por los Decretos 2591/91, 306/92 y 1382/00, señalando con claridad, porqué y para qué, pueden los ciudadanos valerse de este nuevo mecanismo específico, directo y subsidiario.

Legitimación por Activa: De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política “*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar [...], por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*”. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 estableció que la acción de tutela podrá ejercerse (i) en nombre propio o a través de representante; (ii) mediante apoderado debidamente facultado; (iii) a través de agente oficioso, cuando el titular del derecho no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; y (iv) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales¹ (subrayado por fuera del texto). En el presente asunto el amparo constitucional se instauró por la señora Consuelo Rincón Fuentes, actuando en nombre propio, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en salud y pensión, al mínimo vital y móvil y vida digna.

¹ Sentencia T-038/22, Expediente T-8.092.410, 8 de febrero de 2022. M.P. Alejandro Linares Cantillo

Legitimación por Pasiva: De conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se dirigirá contra la autoridad o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental². En el presente caso se encuentra debidamente identificado como accionado el Municipio de Duitama – Secretaría de Educación, entidad que mediante Decreto 178 del 20 de abril de 2023, la nombró a la tutelante en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de servicios generales, código 470, grado 1, en la planta global de cargos de las instituciones educativas del Municipio de Duitama, adscritas a la Secretaría de Educación.

Inmediatez: El artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela podrá interponerse “*en todo momento y lugar*”. Por esta razón, no es posible establecer un término de caducidad específico para presentar esta acción. Sin embargo, la Corte Constitucional ha precisado que el requisito de inmediatez exige que la solicitud de amparo se presente en un término “*razonable*” respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Esto, dado que “*de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales*” (Sentencia T-045/22). Dentro del presente asunto se tiene que la tutelante fue comunicada de su desvinculación laboral mediante Decreto 519 del 20 de octubre de 2023, en el que le informan que su vínculo laboral va hasta el 1 de noviembre de 2023, razón por la que el despacho infiere que el presente amparo fue presentado dentro del término razonable respecto del momento en que se causó la presunta vulneración de los derechos fundamentales implorados, cumpliéndose así este requisito.

Subsidiariedad: El artículo 86 del Texto Superior sujeta la procedencia de la acción de tutela al requisito de subsidiariedad, el cual autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, (ii) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del derecho; o cuando, a pesar de brindar un remedio integral, (iii) resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En concordancia con lo anterior, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela que

“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Al respecto la Corte Constitucional³ ha precisado que el juez de tutela debe verificar si ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, este es eficaz e idóneo, en los siguientes términos:

“Para verificar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, el juez constitucional

² Ibidem

³ Sentencia T-564/16, Expediente T-5.613.960, 18 de octubre de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

debe (i) confirmar que no existe un mecanismo de defensa en el ordenamiento jurídico; (ii) en caso de existir, que este mecanismo no sea idóneo y/o eficaz; (iii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección, se presume inidóneo salvo que, (iv) del análisis del caso concreto se concluya que las condiciones personales del actor no le impiden acudir a las vías regulares en condiciones de igualdad. En todo caso, (v) cuando se percate la existencia de un perjuicio irremediable, el Juez debe otorgar la protección constitucional transitoriamente”.

Revisado el escrito de tutela y sus anexos, se entrará a analizar esta, para determinar si no existe otro medio de defensa judicial al que pueda acudir la accionante para obtener una solución a su reclamación dentro del trámite de vinculación al cargo equivalente al que ostentaba.

Procedencia de la Acción de Tutela Contra Actos Administrativos de Carácter Particular.

En el caudal jurisprudencial, se ha tomado postura en cuanto la pertinencia de la acción de tutela frente a los actos administrativos emitidos por las entidades públicas o privadas con funciones públicas, de tal manera, en el *sub-lite* de las tesis propuestas, la alta Corte Constitucional acentuó en sentencia T-002 de 2019, lo siguiente:

“Por regla general, la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. (...) En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de decisiones judiciales propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

No obstante, en los casos en los que se compruebe que existe otro medio de defensa judicial, pero éste no resulta idóneo ni eficaz para evitar la configuración de un perjuicio

irremediable, el juez constitucional debe verificar que el mismo sea: (i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el haber jurídico de la persona se encuentre amenazado por un daño o menoscabo material o moral de gran intensidad; (iii) requiera medidas urgentes con el fin de lograr su supresión y conjurar el perjuicio irremediable; y (iv) demande la intervención del juez de tutela de forma impostergable para garantizar el restablecimiento integral del orden social justo”.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia decantada, se establece que, el Juez Constitucional está en el deber objetivo de estudiar el acto administrativo y determinar si el mismo está conculcando de manera inminente y perjudicial un derecho fundamental, ocasionando que sea imperioso la intromisión de la protección subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, y así detener un perjuicio inminente que este causando dicha vulneración, siendo esta la única forma de intervención de la protección Constitucional. Las diferentes acciones de tutela en contra de los actos administrativos de carácter personal han causado una postura determinada sobre la idoneidad, eficacia y eficiencia de los mecanismos judiciales que detentan los ciudadanos, utilizando a consideración la acción Constitucional para el reclamo de sus derechos en actuaciones administrativas, bajo tal horizonte la Sentencia C – 132 de 2018 emitida por la Corte Constitucional, mencionó:

“En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).(...) De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuyos elementos han sido fijados por la jurisprudencia constitucional de la siguiente manera: (i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”

Precisado lo anterior, es deber del operador jurídico constitucional revisar detenidamente el caso bajo estudio y determinar si los actos administrativos expedidos por la administración transgreden de forma flagrante los derechos fundamentales de la actora, determinando que se hiciera necesario la intromisión de la acción de tutela para detener un perjuicio inminente y grave.

Perjuicio Irremediable

Frente al perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, mediante sentencias T 456 de 2004 y T 789 del 11 de septiembre de 2003, reiteradas en la T 020 de 2018, precisó que debe verificarse:

“(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio - grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo”

Por lo anterior, y en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se evidencian que hay dos excepciones a la aplicación del principio de subsidiariedad que son:

“(i) la utilización del medio constitucional de forma transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y (ii) la aplicación de forma definitiva cuando los medios ordinarios existentes no resulten idóneos para conjurar la acción vulneradora”.

Caso en Concreto

En el presente caso, le corresponde al despacho verificar si el amparo invocado por la señora Consuelo Rincón Fuentes, cumple o no con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, en este orden de ideas, se tiene que la accionante manifiesta que, el Municipio de Duitama – Secretaría de Educación, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social en salud y pensión, al mínimo vital y móvil y vida digna.

Sin embargo, la parte accionada y las vinculadas consideran que debe negarse el amparo deprecado por tornarse improcedente, dado que, no han vulnerado ningún derecho fundamental de la actora.

Debe resaltarse que la pretensión principal evidenciada en el escrito de tutela obedece a la figura de la vinculación al cargo que ostentaba o subsidiariamente reintegrada a un cargo equivalente al que laboró, o en su defecto sea la última trabajadora en reemplazada por las personas que superaron el concurso de méritos para ocupar el cargo de “Auxiliar de Servicios Generales, código 470, Grado 1, en la planta global del Municipio de Duitama”, fijándose la lista de elegibles mediante Resolución 2892 de 1 marzo de 2022, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-.

Para fundamentar lo pedido la actora sustenta que, goza de una estabilidad laboral reforzada por fuero de salud y por ser madre cabeza de familia, pero aunque contara con los requisitos jurisprudenciales, lo cierto es que debe atacar es el acto administrativo (Decreto No. 331 de fecha 4 de agosto de 2011) por la cual fue desvinculada, al respecto se trae a colación la sentencia T-002 de 2019 antes en cita, que especificó:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las

actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

En este sentido, la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y solicitar la nulidad del acto de desvinculación con el consecuente restablecimiento de su derecho, si logra probar la estabilidad laboral reforzada y así proceder a su reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares características, aunado a lo anterior, también puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo por el cual fue desvinculada, en los términos del contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora se debe analizar por parte del despacho, si se puede presentar o no un perjuicio irremediable, de acuerdo con los presupuestos normativos y jurisprudenciales. Al respecto con el escrito de tutela se presentaron como anexos un concepto de pronóstico de rehabilitación emitido por la Nueva EPS de fecha 12 de septiembre de 2022, en el cual se da un concepto favorable (folio 11), situación que para la Corte Constitucional en Sentencia SU087/22, del 9 de marzo de 2022, M. P.: José Fernando Reyes Cuartas, citando la Sentencia SL-572 de la Sala de Casación Laboral, estableció que:

“...se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión”. (subrayado fuera de texto original).

Por lo anterior, se deduce que la accionante no cumple con los presupuestos jurisprudenciales para considerar que su estado de salud sea notorio, ya que cuenta con un concepto favorable de rehabilitación y este sentido no se acredita que pueda sufrir un perjuicio irremediable en razón de dicho estado.

Ahora, en la misma sentencia en cita, se pone de ejemplo que el trabajador viene regularmente incapacitado, situación que la misma tutelante en el hecho 15 del escrito de tutela menciona que, el médico de la EPS no le otorgó más incapacidades reintegrándose a sus labores el 10 de junio del presente año, cabe resaltar que la actora presentó un memorial el 03 de noviembre de 2023, en el que allegaba una incapacidad de 15 días, incapacidad que iniciaba el 01 de noviembre de la misma anualidad, es decir, después de la desvinculación y presunta vulneración de los derechos invocados.

Cabe resaltar que el fallo de tutela de fecha 13 de septiembre de 2022, emanado por el Juzgado Primero Civil Municipal de Duitama, uno de los fundamentos para acceder a lo petitionado en aquel entonces es que la actora se encontraba en incapacitada al momento de la vulneración de los derechos implorados (folio 32 de la contestación del Municipio de Duitama), situación que para el presente tramite constitucional, no se configura.

Frente a lo relacionado con la continuación de seguir con el tratamiento médico que

adelanta la accionante, la EPS en la que se encuentra afiliada deberá garantizar la continuidad del procedimiento, respecto a este punto la Nueva EPS S.A. en su contestación informó que la actora ya se encuentra en el régimen subsidiado (folios 4 y 5).

En este orden de ideas para el despacho, la tutelante no acreditó el perjuicio irremediable, es decir, no especificó cual sería esa *(i) afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio - grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo*” (sentencia T 020 de 2018).

Finalmente, la accionante tampoco alegó ni acreditó que el mecanismo ordinario para la protección invocada sea ineficiente para la resolución del litigio traído a este escenario constitucional.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por la señora **CONSUELO RINCÓN FUENTES**, quien actúa en nombre propio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite al **MINISTERIO DE TRABAJO**, a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, a la **NUEVA EPS Y AL SEÑOR JHON FREDY RODRIGUEZ RUIZ**, teniendo en cuenta que, las mencionadas no ha vulnerado derecho alguno de la accionante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE este fallo por el medio más eficaz, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de impugnación ante los Juzgados Penales del Circuito (Reparto) de esta ciudad, el cual deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación (Art. 31 del Decreto 2591/91).

QUINTO: En el evento de no ser impugnada la presente Sentencia, remítase a la Honorable Corte Constitucional, a través de la plataforma de revisión de tutelas autorizada por dicha corporación, para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LINO ARTEMIO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ