

Cartagena de Indias, D.T. y C, (10) diez de junio de dos mil veintidós (2022).

## I-IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-012-2020-00031-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>CAROLINA HERRERA DE CASTELLANOS</b>
<b>Demandado</b>	<b>UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA-UNAD</b>
<b>Tema</b>	<i>Modificar el auto que decreta la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos parciales del acto ficto o presunto enjuiciado, toda vez que, la negativa de renovación del nombramiento de la actora como docente ocasional de tiempo completo vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada que gozan los empleados sin distinción del tipo de relación laboral cuando se evidencia la debilidad manifiesta y no se demuestra que la terminación o despido no obedece a tratos discriminatorios.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II-PRONUNCIAMIENTO

Revisado el asunto de marras, se advierte que el mismo se encuentra pendiente de resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada<sup>1</sup>, contra el auto interlocutorio 68 de fecha 8 de febrero de 2022, por medio del cual el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena decidió reponer el auto de fecha 20 de octubre de 2021 y, en consecuencia, decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto ficto o presunto enjuiciado.

## III- ANTECEDENTES

### 3.1 Demanda<sup>2</sup>

La señora Carolina Herrera de Castellanos presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, solicitando que se declare la nulidad del acto ficto o presunto de fecha 2 de diciembre de 2019, causado a raíz del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 2 de septiembre de 2019<sup>3</sup>; a título de restablecimiento de sus derechos solicitó que se declare el contrato de realidad producto de la vinculación laboral ininterrumpida como docente de

<sup>1</sup> Cdo Medidas, Doc 38 Exp dig.

<sup>2</sup> Cdo Ppal, Doc 5 Exp dig.

<sup>3</sup> Cdo Ppal, Doc 1 fol 132-135 Exp dig.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

tiempo completo, igualmente que, se renueve su nombramiento por termino indefinido mientras persista el fuero de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud sin que haya solución de continuidad; y en consecuencia que:

-Se le reconozca las diferencias entre lo pagado como docente de medio tiempo entre el 22 de agosto de 2018 y el 26 de diciembre del mismo año y lo que hubiera devengado como docente de tiempo completo, por desmejorar sus condiciones laborales pese a su condición de salud.

-Se condene a efectuar el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales de los tiempos de interrupción de sus nombramientos que no se encuentren prescritos, es decir, desde diciembre de 2016 hasta la fecha que se contrate nuevamente; así como las prestaciones sociales causadas como docente de dedicación exclusiva de tiempo completo.

-Se condene al pago de sanciones moratorias por no consignación de cesantías y a la sanción por no pago de salarios y prestaciones causadas durante el mismo periodo antes señalado.

-Se condene a que pague a Colpensiones los aportes en pensión dejados de consignar durante los periodos de interrupción de sus nombramientos con el respectivo calculo actuarial, sin perjuicio de las sanciones y multas originadas por el no pago de la seguridad social desde diciembre de 2007 hasta que se contrate nuevamente a la demandante.

- Se condene a pagar 540 días de salario a modo de indemnización por los días en los que la actora fue desvinculada, periodo intermitente que va desde el 11 de junio de 2018 hasta la fecha, pese a que la entidad conocía de su estado de salud, vulnerando su fuero de estabilidad laboral reforzada.

- Por último, solicitó que el valor causado se pague con la respectiva indexación e intereses de mora.

### **3.2. Auto apelado<sup>4</sup>**

El Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 8 de febrero de 2022, repuso lo decidido en auto que negó la medida cautelar y decidió decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto ficto o presunto demandado, por las siguientes razones:

<sup>4</sup> Cdno Medidas, Doc 35 Exp dig.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

Señaló que, en base al concepto planteado por el Honorable Consejo de Estado<sup>5</sup> el efecto del auto de suspensión provisional es el de procurar mantener el estado de cosas anterior, de ahí que la administración debe limitarse a restablecer en este caso, el presunto vínculo laboral interrumpido hasta que se decida de fondo el asunto, dado que, la decisión de suspender el acto de retiro implica el reintegro temporal del funcionario, el cual se sustenta en la orden judicial de suspensión provisional y en el juicio provisional de legalidad, lo que no supone un pago de indemnización o de salarios entre el retiro y el reintegro, actos condenatorios que no obedecen a una medida cautelar

En la misma línea, advirtió que dicho reintegro no causa un fuero de inamovilidad de la demandante, por lo que sigue bajo el régimen aplicable, por lo que, posteriormente podrá ser retirada por razones diferentes a las que dieron lugar al acto administrativo suspendido; a su vez señaló que, encaso de presentarse una sentencia adversa, no se devolverán los salarios y demás prestaciones, puesto que obedecen a una contraprestación por los servicios prestados con ocasión a un vínculo temporal emanado de una orden judicial.

En ese sentido, el A-quo repuso la decisión adoptada en auto del 20 de octubre de 2021, mediante el cual negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto ficto o presunto enjuiciado, frente a la negativa de la entidad de renovar el nombramiento de la señora Carolina Herrera, puesto que, lo que se pretende con esta medida es proteger los derechos fundamentales de la actora como sujeto de especial protección constitucional en razón a su debilidad manifiesta, y segundo, porque como lo ha dicho el Consejo de Estado, en la Constitución de 1991 se presenta un cambio en el papel del juez administrativo, en la medida en que debe actuar buscando más prevenir que se causen perjuicios a las personas que reparar, mediante indemnización, los daños causados.

Así las cosas, en el presente caso se cumple con los presupuestos requeridos para la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional del acto ficto acusado e impartir órdenes, toda vez que en esta etapa procesal existe razón suficiente para establecer que, de no ordenarse la suspensión, se configurarían perjuicios irremediables en detrimento de los derechos de la parte actora

Por lo tanto, procedió a ordenar a la UNAD a adelantar las gestiones administrativas que resulten necesarias para vincular de manera provisional a la demandante, como docente ocasional de tiempo completo, hasta que se

<sup>5</sup> Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1779 del 1º de noviembre de 2006, CP: Enrique José Arboleda Perdomo.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

decida de fondo el asunto, puesto que, de no otorgar la medida se causaría un detrimento a los derechos de la actora.

### **3.3 Fundamentos del recurso de apelación<sup>6</sup>.**

El apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación contra el auto que concede el decreto de la medida cautelar solicitadas por él demandante, bajo los siguientes argumentos:

El despacho menciona que, los argumentos expuestos por el actor en el recurso de reposición ya fueron analizados y, concluye que no le aportan circunstancias nuevas o adicionales, en cuanto a los padecimientos de salud, acepta y lo considera probado que, la UNAD le ha venido cubriendo los aportes en salud, hecho que le garantiza la atención en salud.

No obstante, menciona que, la demandante alega un perjuicio irremediable por cuanto tiene 71 años y por sus padecimientos de salud, no se encuentra en capacidad para desempeñar otra actividad productiva diferente a la que venía desempeñando en la Universidad. Situación fáctica que no ha sido desvirtuada por la UNAD, quien tiene la carga de la prueba por tratarse de una negación indefinida.

Planteó que, no le asiste razón al despacho puesto que no se cumple con los requisitos exigidos por la norma<sup>7</sup> para tramitar la medida cautelar, al no encontrarse probado el perjuicio irremediable por parte de la accionante, indicó que, el Juez desconoce las obligaciones de las partes prevista en el artículo 167 del CGP, en el sentido de que, le corresponde a este distribuir la carga al decretar las pruebas en cabeza de quien este en una situación más favorable, cosa que no hizo el A-quo por invertir la carga de probar el perjuicio irremediable alegado por la actora, al señalar que la presente institución le atañe desvirtuar tal afirmación; cuando es la accionante quien se encuentra en mejor situación para demostrar su condición, por lo que, considera que no procede la medida al no encontrarse probado el perjuicio irremediable.

Sobre la afectación al trabajo y el mínimo vital, que es lo que se considera como perjuicio irremediable, resulta importante recordar que, estos aspectos fueron objeto de análisis por el Juez Constitucional de Tutela, en cabeza del Tribunal Superior de Cartagena – Sala Civil – Familia, quien mediante fallo de

<sup>6</sup> Cdn Medidas, Doc 38 Exp dig.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2004: “para que proceda y se decrete una medida cautelar como la solicita en el presente caso, se debe acreditar lo siguiente: (i) Que la infracción de las disposiciones superiores invocadas, surja de la confrontación con los actos administrativos acusados. (ii) Que la medida cautelar solicitada tenga relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. (iii) Que cuando se pida el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, se demuestre aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto puede causar.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

fecha 27 de abril de 2020, dispuso tutelar los derechos a la salud y negar los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital y esta misma Judicatura revocó la decisión del juez de primera instancia que había ordenado renovar por tiempo indefinido la vinculación de la demandante, por que otro juez de tutela ya se había pronunciado negando esta petición.

Manifestó que, a la señora Carolina Herrera se le está brindando el servicio de salud, a su vez, indicó que implementar la decisión adoptada por el A-quo de vincularla como docente ocasional no es procedente, toda vez que dicha figura goza de las siguientes características: (i) su vinculación es a través de resolución, para un periodo académico determinado, inferior a un año, el cual puede ser de tiempo completo o medio tiempo; (ii) no son considerados empleados públicos, ni trabajadores oficiales y (iii) no gozan de la estabilidad laboral que tiene el docentes de carrera vinculado mediante concurso público de mérito; de modo que, estos aspectos deben ser estudiados de fondo para llevar una decisión a través de sentencia y no mediante medida cautelar, de lo contrario se estaría desconociendo la norma que regula esta forma de vinculación<sup>8</sup> y la autonomía universitaria.

Agregó que, no existe un acto ficto o presunto objeto de control jurisdiccional, dado que, la petición presentada por la actora el 2 de septiembre de 2019, fue contestada mediante la Resolución No.12986, por medio de la cual fue vinculada como docente ocasional para el periodo académico del 3 de septiembre de 2019 al 27 de diciembre de 2019; por lo que la accionante pretende revivir términos judiciales para instaurar la presente demanda, cuando no lo hizo en el momento oportuno.

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **4.1. Control de legalidad**

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir si se revoca o no la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo ficto o presunto acusado.

### **4.2. Competencia**

El Tribunal es competente para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de auto susceptible de apelación proferido por el Juzgado Décimo Segundo

---

<sup>8</sup> Ley 30 de 1992.



13-001-33-33-012-2020-00031-01

Administrativo del Circuito de Cartagena. Igualmente, al tratarse de auto que repone y decreta una medida cautelar, como reza en el numeral 5 del artículo 243 y el numeral 1 del artículo 244 del CPACA, cuya competencia es de la Sala por mandato del numeral 2º literal h del artículo 125 del mismo estatuto.

#### **4.3. Problema jurídico:**

La Sala procederá a realizar el análisis del caso de marras, centrando su estudio en los argumentos de la apelación realizada por la parte demandada, así las cosas, se tiene que en el presente se deberá responder el siguiente problema jurídico:

*¿Hay lugar a decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto ficto a presunto producto del silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada el 2 de septiembre de 2019, donde solicitó que se renueve su nombramiento por termino indefinido y el reconocimiento de la calidad de docente de dedicación exclusiva de tiempo completo y las prestaciones que de ahí se derivan?*

#### **4.4. Tesis de la Sala**

Esta Corporación resolverá MODIFICAR el auto apelado, dado que se observa que el acto administrativo ficto o presunto demandado, referente a la negativa de renovación del nombramiento de la actora como docente ocasional de tiempo completo de forma indefinida, en principio no vulnera el derecho al trabajo, a la igualdad y a la primacía de la realidad sobre la formalidad, puesto que, el tipo de vinculación como docente ocasional, solo puede ser de medio tiempo o tiempo completo por un término inferior a un año, por lo que, dicha solicitud desconoce la naturaleza de este tipo de vínculo, además se observa que la docencia de dedicación exclusiva la cual alega la demandante en el ítem de “concepto de la violación”, solo se predica de aquellos docentes de carrera los cuales son nombrados mediante concurso de mérito, requisito que no acredita la señora Herrera.

Sin embargo, se encontró vulnerado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, toda vez, que es un derecho del cual gozan los trabajadores que se encuentren en estado de debilidad manifiesta sin perjuicio del tipo de relación laboral que ostente, por lo que tienen derecho a permanecer en el trabajo, a excepción de que el empleador informe a la autoridad laboral competente y demuestre que la terminación o el despido obedece a causales objetivas y no a tratos discriminatorios por su condición de salud.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

En ese sentido, se avizora que la demandante se encuentra en situación de debilidad manifiesta, al padecer cáncer de mama, que conforme a la jurisprudencia y a la regla de la experiencia se entiende que el cáncer es una enfermedad catastrófica que dificulta el normal desarrollo de las actividades laborales, además no se encontró acreditado que las causas de la terminación por vencimiento de plazo del nombramiento junto con la no renovación, obedezcan a causales no discriminatorias por la condición de salud de la actora.

Por lo tanto, al encontrarse acreditado los requisitos de la estabilidad laboral reforzada y dicho derecho esta siendo vulnerado por el acto ficto o presunto, adicionalmente al tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se debe evidenciar un perjuicio, el cual en este caso obedece al derecho al mínimo vital, dado que, por la condición de salud y la edad de la demandante, no cuenta con otro medio de subsistencia, en consecuencia, se procederá a confirmar la suspensión provisional de dicho acto que ordena que se vincule a la actora como docente ocasional de tiempo completo mientras dure el proceso.

#### **4.5. Marco normativo y jurisprudencial**

##### **4.5.1 Procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo de carácter particular.**

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, contempla la figura procesal de las medidas cautelares, estableciendo que, en todos los procesos declarativos que se adelanten en sede contenciosa administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, el juez o magistrado ponente podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Cabe anotar que, si además de la nulidad se pretende el restablecimiento del derecho, deberá probarse al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios causados con la decisión. Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar, conforme a los medios probatorios, la calidad de prueba requerida para definir su procedencia, pero siempre bajo el mínimo *probandum*, de la prueba sumaria.<sup>9</sup>

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.<sup>10</sup>

#### **4.6 CASO CONCRETO**

En el caso bajo estudio, encuentra esta Sala que la Señora Carolina Herrera de Castellanos presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la UNAD, solicitando que se declare la nulidad del acto ficto o presunto de fecha 2 de diciembre de 2019, producto del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 2 de septiembre del mismo año; en consecuencia, solicita que se renueve su nombramiento, que se le reconozca el vínculo laboral como docente de dedicación exclusiva, las prestaciones sociales y demás emolumentos que de ahí se originen.

El A-quo mediante auto del 8 de febrero de 2022, resolvió reponer el auto de fecha 20 de octubre de 2021, el cual negó la medida cautelar y,

<sup>9</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B. consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00340-02(4271-16)

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00034-00(22518)



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

consecuentemente, decretó la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado por la demandante, al basar su decisión en los argumentos de la actora, quien señala ser sujeto de especial protección constitucional en razón a que tiene 71 año de edad, se encuentra en un estado de salud delicado, por lo que, no puede desempeñar actividad diferente a la que venía realizando en la UNAD, situación que el demandado no ha desvirtuado; en ese sentido, el Despacho concluyó que, de no ordenarse la suspensión, se configuraría un perjuicio irremediable en detrimento de los derechos de la actora a quien se debe amparar por ser un sujeto de especial protección constitucional.

Por su parte, la parte accionada manifestó que, el Juez no debió trasladar la carga de la prueba, puesto que, le corresponde a la actora acreditar su situación, en ese sentido, no se encuentra probado el perjuicio irremediable en menoscabo del derecho al trabajo y al mínimo vital que encontró probado el A-quo, toda vez que, el Tribunal Superior de Cartagena analizó estos mismos aspectos y falló amparando el derecho a la salud y negando los derechos antes mencionados, al considerar que ordenar renovar el vínculo laboral significaría una extralimitación y a la vez un desconocimiento de la normativa que regula los docente de carrera, así como los docentes ocasionales, los cuales no gozan de estabilidad laboral reforzada; en igual sentido, indicó que no se configuró un acto ficto o presunto, ya que mediante la Resolución No. 12986 dio respuesta a la solicitud, así las cosas, señaló que no es procedente la medida cautelar solicitada, puesto que se requiere de un análisis y valoración de fondo, de lo contrario, vulneraría la norma que regula la vinculación como docente ocasional y la autonomía universitaria.

En principio resulta pertinente analizar la existencia del acto ficto o presunto, al ser el acto que se pretende suspender provisionalmente, a través de la solicitud de medida cautelar y debido a que el demandado alegó su inexistencia.

De acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, se extrae que el día 2 de septiembre de 2019<sup>11</sup> la demandante le solicitó a la UNAD, lo siguiente:

1. Que se renueve su nombramiento por termino indefinido, en base al fuero de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, sin solución de continuidad desde su ultimo nombramiento el 31 de julio de 2019.

<sup>11</sup> Cdno Ppal, Doc 1 fol 132-135 Exp dig.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

2. Que se declare la existencia de un vínculo laboral ininterrumpido como docente de dedicación exclusiva de tiempo completo desde el 22 de enero de 2007 hasta la fecha, incluso en los periodos en se desmejoraron sus condiciones laborales, vinculándola como docente de medio tiempo.
3. En consecuencia de la anterior declaratoria, que la UNAD pague los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales como cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación, así como el respectivo aporte a Colpensiones, correspondiente a los periodos de interrupción de sus nombramientos como docente de dedicación exclusiva de tiempo completo, que van desde el 22 de diciembre de 2007 hasta la fecha en que se renueve su nombramiento.
4. Que cancele la sanción moratoria por no consignación de las cesantías causadas en los tiempos señalados anteriormente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2º de la Ley 244 de 1995 y 4º de la Ley 1071 de 2006.
5. Que los valores adeudados se paguen debidamente indexados con los respectivos intereses de mora.

De conformidad con el artículo 14 del CPACA, la institución contaba con un término de 15 días para dar respuesta a la mencionada solicitud, si bien el mismo 2 de septiembre de 2019 la UNAD expide Resolución 12986<sup>12</sup>, esta se limita a nombrar a la señora Carolina Herrera como docente ocasional de tiempo completo desde el 3 de septiembre hasta el 27 de diciembre de ese mismo año, sin señalar el por qué no es nombrada a término indefinido o por qué no goza de estabilidad laboral reforzada, así como tampoco se le da respuesta a los demás numerales arriba señalados, por lo tanto, sin incurrir en prejuzgamiento se vislumbra que la Resolución 12986 no obedece a una respuesta de la anterior solicitud.

Con arreglo al artículo 83 del CPACA, transcurrido el término de 3 meses contados a partir de la presentación de una petición, sin haberse obtenido respuesta, se entenderá que es negativa; en ese sentido, al haber transcurrido los tres meses que señala la norma sin que la entidad haya contestado la petición interpuesta por la actora, se entiende configurado la existencia del acto administrativo ficto negativo en relación con la petición en cuestión; cabe destacar que, el silencio negativo en relación con la primera petición

<sup>12</sup> Cdnno M cautelares, Doc 16 fol 1-6 Exp dig.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

permitirá demandar directamente el acto presunto, de acuerdo al artículo 161 numeral 2 *ibídem*.

Superado lo anterior, se entrará a analizar los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión provisional respecto al acto ficto o presunto analizado con antelación, conforme al artículo 231 del CPACA este procederá cuando: (i) se observe una violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado (ii) cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicio, estos deben probarse si quiera sumariamente.

Así las cosas, como quiera que la demandante en este punto lo que pretende es que se suspenda provisionalmente los efectos parciales del acto administrativo ficto o presunto demandado, referente a la negativa frente a la petición de renovación de su nombramiento y por consiguiente, se ordene a la UNAD la vinculación como docente ocasional de tiempo completo de manera inmediata y de forma indefinida, mientras persista el fuero de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, sin que exista condición de continuidad, con el fin de evitar que se configure un perjuicio irremediable

Tal solicitud, encuentra fundamento en la transgresión del derecho al trabajo, a la igualdad y a la primacía de la realidad sobre la formalidad, toda vez que la demandante asegura que su relación laboral no obedece a la naturaleza transitoria de los docentes ocasionales, los cuales son requeridos transitoriamente por la entidad para un periodo inferior de un año, puesto que, su vinculación en la UNAD inicio el 2 de enero de 2007 hasta la fecha, existiendo de forma ininterrumpida por más de 12 años, lo cual corresponde a la figura de docente de dedicación exclusiva, de conformidad con la Ley 30 de 1992 y la sentencia C-006 de 1996, que desglosa las tres modalidades que permite la vinculación como docentes universitarios, los cuales se diferencian por su forma de vinculación, sin embargo los tres tienen el mismo nivel de exigencia y de cualificación;

En relación a estos descargos, El Consejo de Estado<sup>13</sup> ha precisado a partir de la modalidad de vinculación, tres categorías de profesores que contempla la Ley 30 de 1992 para docentes de universidades estatales u oficiales de la siguiente manera:

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B Sentencia 00766 del 7 de junio de 2018, CP: César Palomino Cortés.



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

*“(i) Los profesores empleados públicos que ingresan por concurso de méritos cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario, que no son de libre nombramiento y remoción, y están amparados por un régimen especial previsto de acuerdo con el artículo 77, para empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional, y del orden departamental, municipal y distrital que se vinculen por concurso.(ii) Los profesores de cátedra que no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, y (iii) Los profesores ocasionales que define el artículo 74 como “aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año” y que tampoco son empleados públicos ni trabajadores oficiales”*

Igualmente, el Acuerdo 0009 del 26 de octubre de 2006, mediante el cual se aprueba el estatuto docente de la UNAD, estableció en su artículo 2 que:

*“El docente ocasional y el docente de cátedra serán vinculados mediante resolución; por lo tanto, no se considera empleado público o trabajador oficial y no pertenece a la carrera docente, mientras que, el docente de carrera es aquel que ha sido nombrado previo concurso público de méritos”*

Seguidamente en el artículo 7 se define que:

*“para ser docente de carrera se requiere acreditar mínimo título profesional universitario, haber sido seleccionado en concurso público de méritos, el cual, entre otros, deberá verificar las competencias básicas enunciadas en el presente estatuto y cumplir con los demás requisitos exigidos por la ley”.*

En ese sentido, sea lo primero indicar que la solicitud de la actora para que sea nombrada como docente ocasional de tiempo completo de manera indefinida, va en contravía de la naturaleza propia de ese tipo de vinculación, la cual es, por un término fijo inferior a un año y no de forma indefinida como lo pretende; ahora bien, respecto a la primera disposición invocada en la demanda como violada que sustenta su solicitud, observa esta Sala que sin entrara en elucubraciones, la actora no acredita los requisitos para ser docente de dedicación exclusiva, dado que, solo los docentes de carrera gozan de esta de acuerdo al estatuto de la UNAD<sup>14</sup>, y los docentes de carrera son seleccionados mediante concurso público de mérito, requisito que no ostenta la demandada, en ese sentido, no se podría desconocer el ordenamiento jurídico en lo relativo a los tres tipos de vinculación.

Por otro parte, frente a la segunda y tercera disposiciones señaladas en la demanda como vulneradas, en relación al derecho a la estabilidad laboral reforzada, condición que la accionante considera ostentar, en razón a su estado de salud, al padecer cáncer de mama y trastorno de bipolaridad; y en

<sup>14</sup> Cdnno medidas, Doc 7 exp dig; (Acuerdo número 009 del 26 de octubre de 2006 de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia-UNAD)



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

relación a la progresividad en materia laboral, el cual considera vulnerado puesto que, luego de haber informado sobre su diagnóstico, una vez finalizó su nombramiento el 10 de junio de 2018, no fue nombrada sino hasta el 22 de agosto de 2018 por medio tiempo, desmejorando sus condiciones; luego se le vinculó en el año 2019 y hasta el primer semestre de 2020.

En este aspecto, se entrará a analizar si la UNAD vulnera las normas antes señaladas al no renovar del nombramiento a término definido, pese de que la Institución conocía que la actora se encontraba en circunstancia de debilidad manifiesta, a causa del cáncer que le había sido diagnosticado previamente,

En pronunciamientos recientes la Corte constitucional<sup>15</sup> ha establecido que:

*todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad laboral reforzada en el empleo, pero en ciertos casos este derecho se ampara de manera reforzada, esto es a toda persona que presente una afectación en su estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, toda vez que, esta situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, el trabajador puede verse discriminado por ese solo hecho. Lo anterior, con independencia de la vinculación o de la relación laboral que la preceda, con el fin de amparar los derechos a gozar de igualdad real y efectiva, condiciones dignas y justas, integración social y a un mínimo vital, en el entendido de poder satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud; también a obrar conforme al principio de solidaridad social, ante eventos que pongan en peligro la salud física o mental de las personas*

*A partir de lo dicho, si se pretende desvincular a una persona en las condiciones descritas, es necesario contar con la autorización de la Oficina del Trabajo, pues de no ser así, dicho acto jurídico es ineficaz, con ello se prohíbe el despido discriminatorio de sujetos en situación de debilidad, por ejemplo en razón a su discapacidad, creándose así una restricción constitucionalmente legítima a la libertad contractual del empleador, quien sólo está facultado para terminar el vínculo después de solicitar una autorización ante el funcionario competente que certifique la concurrencia de una causa justificable para proceder de esta manera. Además de esta autorización, se debe(i) establecer que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades; (ii) que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido; y (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación. En estos supuestos, se ha establecido una presunción en favor de la persona que fue apartada de su oficio.*

*Es decir, si constatada la condición de debilidad se logra establecer que la terminación del vínculo se produjo sin la autorización de la autoridad laboral, se presume que fue a causa del estado de indefensión del sujeto, esta presunción la puede desvirtuar el empleador, quien debe demostrar que el despido no obedeció a circunstancias*

<sup>15</sup> Corte Constitucional Sentencia T-386 de 2020



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

*particulares sino a una justa causa; de probarse lo anterior se deberá: (i) declara la ineficacia de la terminación o del despido laboral en favor del sujeto protegido (ii) el derecho a ser reintegrado a un cargo o condición similares (iii) en el caso de ser reubicado deberá recibir capacitación de sus nuevas tareas.*

Colorario a lo anterior, este pronunciamiento se aplica al caso en cuestión, por pronunciamiento expreso de la Corte<sup>16</sup> la cual agrega que, la estabilidad reforzada se predica de los contratos a término fijo, en ese sentido, por analogía se asigna al tipo de vinculación entre la actora y la UNAD, que obedece a un nombramiento a término fijo, por lo que, se deberá estudiar inicialmente si la señora Herrera se encuentra en una condición de salud que le impide o dificultad ejercer su profesión; del sumario se extrae que padece cáncer de mama,<sup>17</sup> si bien no se encuentra argumentado o probado que este padecimiento le impide desarrollar sus actividades como docente, la Jurisprudencia *ibidem* señala que:

*el cáncer es una enfermedad catastrófica que implica un rápido deterioro en la salud del paciente si no es diagnosticada y tratada a tiempo, y del alto costo; por lo que ha entendido que los pacientes de cáncer se encuentran en estado de debilidad manifiesta precisamente por las características de dicha enfermedad, las reglas de la experiencia y de la lógica indican que el cáncer es una enfermedad que afecta múltiples aspectos de la vida de quienes la padecen; más allá de su salud, sus actividades diarias y cotidianas pueden verse comprometidas como consecuencia del tratamiento al que deben someterse. De ahí que se entienda que dicho diagnóstico implica una afectación que dificulta significativamente el normal y adecuado desempeño de las actividades en el trabajo.*

En esa misma línea de estudio, encontramos que si bien del acervo probatorio no se extrae si el empleador conocía o no la condición de salud de la actora antes de finalizar su nombramiento, lo que se presume por las incapacidades concedidas a la demandante aportadas con el escrito de demanda, el ordenamiento jurídico<sup>18</sup> prevé que si la terminación se produjo sin la autorización de la autoridad laboral competente, se presume que esta se dio a causa de la discriminación por las condiciones de salud del trabajador, en ese sentido, le correspondía a la UNAD acreditar que la terminación y la no renovación del nombramiento se dio en virtud a una justa causa y no por motivos discriminatorios, puesto que, en estos casos como se ha venido analizando, el vencimiento del término contratado no significa necesariamente una justa causa para su terminación, de modo que, en todas aquellas situaciones en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su

<sup>16</sup> *ibidem*

<sup>17</sup> Cdno Ppal, Doc 1 fol 65-67,69-85 Exp dig.

<sup>18</sup> *ibidem*



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado

Así las cosas, sin perjuicio de un análisis más detallado que corresponde al caso en concreto, se evidencia que la UNAD no solicitó autorización de la autoridad laboral competente para terminar el vínculo laboral de tiempo completo y a término fijo, que se venía desarrollando mediante nombramientos inferiores a un año entre las partes desde el año 2007; por lo que, se presume que la terminación y la no renovación obedece a la condición de salud de la señora Carolina Herrera, presunción que hasta este momento la demandada no ha desvirtuado, señalando por qué no puede seguir manteniendo la relación laboral en esa misma modalidad y si obedece a una causal objetiva; cabe dejar sentado que, la carga probatoria la tiene la UNAD frente a lo antes señalado y no respecto al perjuicio irremediable como lo alega la accionada; tanto es así que la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cartagena, que cita en su recurso, le ordenó seguir pagando la salud de la demandante.

En consecuencia, se avizora que la actora cumple con los tres requisitos para gozar de la estabilidad laboral reforzada, la cual la UNAD no tuvo en cuenta; en ese aspecto, se evidencia una vulneración a esta disposición alegada por la actora en la demanda, dado que por mandato constitucional y especial, las personas en condición de debilidad manifiesta tienen derecho a permanecer en sus trabajos, sin importar el tipo de relación laboral que tengan, a no ser que se demuestre que este no obedeció a un trato discriminatorio basado en su condición de salud en los términos antes estudiados;

Ahora bien, acerca de las prestaciones sociales y demás emolumentos que señala tener derecho la actora y sobre la última norma invocada como vulnerada en la demanda, referente a el derecho a la seguridad social, encuentra esta Sala que no ahondara en su estudio, debido a que no es objeto de la solicitud de la suspensión de la medida provisional y resulta pertinente estudiarlo en el fondo del asunto.

En conclusión, se procederá a confirmar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo ficto o presunto; toda vez que, se advierte que la negativa frente a la petición de renovación del nombramiento como docente ocasional de tiempo completo (i) vulnera las normas superiores alegadas en la demanda, que obedecen a la estabilidad laboral reforzada y al derecho a la progresividad en materia laboral; además, (ii) del estudio de las pruebas se extrae que la demandante cumple con los requisitos previstos para gozar de dichas figuras, al padecer una enfermedad que le impide o dificulte el normal desempeño de sus actividades, siendo el cáncer de mama el diagnóstico que presenta la señora Herrera, que de



**13-001-33-33-012-2020-00031-01**

acuerdo a la Corte es una enfermedad considerada catastrófica que dificulta el desarrollo laboral de quien lo padece; de igual forma, (iii) se observa un perjuicio ya que la actora tiene 72 años de edad<sup>19</sup>, que dada su edad se reduce las posibilidades de entrar a competir en el campo laboral, en especial por su condición de salud, por lo que, no cuenta con otra fuente de ingresos, y al no ser nombrada en los términos que se venía causando desde hace más de 12 años, se evidencia una afectación al mínimo vital que venía percibiendo, derecho que le garantiza los recursos para satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud.

En conclusión, esta Sala procederá a confirmar la medida cautelar de suspensión provisional del acto ficto o presunto producto de la petición del 2 de septiembre de 2019 dirigida a la UNAD, decretada por el auto el 8 de febrero de 2022 pero la modificará, al encontrar vulnerado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, de conformidad con las razones expuestas, en consecuencia ordenará a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia- UNAD a que en el término de 15 días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, se renueve el nombramiento de la señora Carolina Herrera de Castellano a la UNAD como docente ocasional de tiempo completo, en los términos en los que venía desempeñando su laboral en igual o mejores condiciones, y que esta vinculación sea prorrogada de manera continua hasta que se decida el asunto de fondo, sin perjuicio de la terminación o no prorroga, producto de las causales objetivas prevista por los estatutos de la institución con previo aviso a la autoridad competente

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el auto interlocutorio 068 de fecha 8 de febrero de 2022 proferido por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido de **DECRETAR** la medida cautelar de suspensión provisional y parcial del acto administrativo enjuiciado bajo un enfoque diferente al proferido en primera instancia, al encontrar vulnerado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, de conformidad con las razones expuestas,

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia- UNAD a que en el termino de 15 días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, se renueve el nombramiento de la señora Carolina Herrera de Castellano a la UNAD como docente ocasional de tiempo completo, en los

<sup>19</sup> Cdno de medidas, Doc 13 fol 1 exp digital.





13-001-33-33-012-2020-00031-01

términos en los que venía desempeñando su laboral en igual o mejores condiciones, y que esta vinculación sea prorrogada de manera continua hasta que se decida el asunto de fondo, sin perjuicio de la terminación o no prorroga, producto de las causales objetivas prevista por los estatutos de la institución con previo aviso a la autoridad competente.

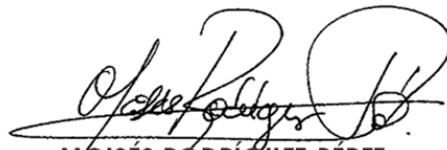
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el proceso al juzgado de origen, para lo de su cargo.

**CUARTO: DÉJESE** las constancias que correspondan en el sistema de radicación judicial Justicia XXI.

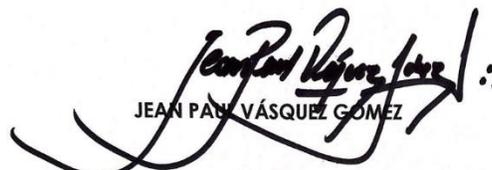
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado según consta en el acta No.019 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ