

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.



RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS
MÚLTIPLES DE VALLEDUPAR - CESAR
REPÚBLICA DE COLOMBIA

j07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante : ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados : COLPENSIONES, MINISTERIO DEL TRABAJO, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

VALLEDUPAR, CUATRO (4) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)

ASUNTO A TRATAR

Se decide la acción de tutela presentada por Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, mediante apoderada judicial, en contra de la Gobernación Departamental del Cesar cuyo propósito es amparar sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital y móvil, establecidos en la Constitución Política.

HECHOS

Las circunstancias fácticas que dieron origen a la referida acción de tutela pueden resumirse tal como se enuncia a continuación:

Relata la apoderada judicial del accionante que su mandante, el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de AUXILIAR ÁREA SALUD, CÓDIGO 412, GRADO 03, de la planta global de la Gobernación Departamental del Cesar mediante la Resolución No. 001562 del 4 de mayo de 2017. Que a la fecha en que interpuso la solicitud tutela el actor tiene 62 años de edad y reúne los requisitos para pensionarse dentro de un año y medio aproximadamente.

Que mediante la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022, la Gobernación Departamental del Cesar lo declaró insubsistente del cargo que ejercía sin tener en cuenta que, según ella, él tiene la calidad de prepensionado y que padece de cáncer de piel. Además, agregó que para su despido no medio autorización del Ministerio del Trabajo.

Aduce que el salario que percibe producto de su trabajo constituye el sustento de él y de su familia, la cual se encuentra conformada por él, su esposa y dos hijos de los cuales, uno se encuentra desempleado y el otro culminando sus estudios universitarios, situación que le ha generado alta erogación económica, el costo de los servicios públicos domiciliarios, deudas con las diferentes entidades crediticias, las cuales no ha podido sufragar por encontrarse desempleado desde el 17 de junio del año en curso.

Que el día 6 de abril del año en curso, el actor radicó una solicitud de reubicación a la Líder Programa de Gestión Humana de la Gobernación del Cesar en la que expuso que se encuentra amparado por la garantía de la estabilidad laboral reforzada por tener la condición de prepensionado; no obstante, enfatiza que nunca recibió respuesta de dicha solicitud.

Recalca que su mandante se encuentra en condición de vulnerabilidad manifiesta ya que por su edad se le dificulta la inclusión en el mercado laboral, además, porque padece de cáncer de piel. Que el día 2 de septiembre de 2021 le fue realizado una extirpación de tumor maligno por presentar “Neoformación” en la nasal izquierda. Sumado a ello, también padece que discopatía multinivel,

CALLE 14 CON CARRERA 14 ESQUINA – PALACIO DE JUSTICIA – VALLEDUPAR,
CESAR.Email: j07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

conradioculopatía y que ante el hecho de no poder permanecer de pie por mucho tiempo por el dolor intenso que le ocasiona, su médico tratante lo remitió con la especialidad en neurología, por lo tanto, afirma que requiere múltiples controles periódicos y tratamientos suministrados por la E.P.S. Sanitas.

Por otra parte, dice que el actor en el mes de enero del año 2020 radicó ante Colpensiones una solicitud de corrección de su historia laboral por tiempos públicos laborando. Que el 25 de marzo de 2020 recibió respuesta a su solicitud donde le manifestaron que no encontraban registro de pago a su nombre para los periodos reclamados y que era necesario suministrar documentos probatorios y/o soportes tales como tarjeta de reseña, tarjeta de comprobación de derechos, entre otros.

Que el 2 de noviembre de 2021 radicó nuevamente la solicitud de corrección de la historia laboral con sus respectivos anexos. Que el día 4 de febrero del año en curso recibió respuesta en la mencionaban que se encontraban adelantando un proceso de verificación y confirmación de la información. Precisa que transcurrió el mes de febrero y marzo y no recibió respuesta alguna por parte de Colpensiones por lo que se vio obligado a acercarse personalmente a su sede ubicada en el Centro Comercial Los Mayales de esta ciudad en busca de respuesta, en donde le manifestaron que desconocían el motivo por el cual no había obtenido respuesta y radicaron un requerimiento el día 5 de abril que le respondieron nuevamente debía aportar documentos probatorios.

Puntualiza que es competencia de Colpensiones realizar las acciones de recobro a que haya lugar al Departamento del Cesar por los tiempos laborados que no se reflejan en el consolidado de semanas cotizadas conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Finaliza su relato afirmando que el tiempo laborado que no se refleja en la historia laboral es:

- “Cargo: Mensajero – Periodo Laboral – Ingreso: 01/10/1980 – Salida: 13/08/1981, los cuales se reflejan bajo el subtítulo resumen de tiempos públicos no cotizados a Colpensiones”.
- “Cargo: Guarda de Rentas – Periodo Laboral – Ingreso: 24/05/1991 – Salida 12/01/1996”.

PRETENSIONES

Con base en los hechos anteriormente narrados, la apoderada judicial del actor pide que se tutelen los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, presuntamente vulnerados la Gobernación Departamental del Cesar y como consecuencia, se le ordene a la entidad accionada que reintegre al actor al mismo cargo que venía ocupando en el Ente Departamental o que sea reubicado en otro cargo hasta tanto se profiera el acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación por parte de Colpensiones.

TRAMITE SURTIDO POR EL JUZGADO

Por considerar reunido los presupuestos procesales establecidos en el Decreto 2591 de 1991, se admitió la acción de tutela de la referencia mediante providencia de fecha 2 de agosto 2022; en ella se vinculó a la Administradora Colombia de Pensiones -Colpensiones- con el fin de que rinda un informe sobre los hechos expuestos en el libelo de la acción constitucional y sobre el tiempo laboral cotizado para pensión con esa entidad.

Se ofició al Ministerio del Trabajo a efectos de que indicara si la Gobernación Departamental del Cesar requería autorización previa por parte del inspector de trabajo para expedir la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022 por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo que ocupaba el actor en ese Ente Departamental.

Posteriormente, mediante la providencia de fecha 11 de agosto de 2022 se vinculó en el extremo pasivo a la señora Lizandra Mendoza González, quien fue nombrada en propiedad en el cargo que ocupada el accionante y al cual pretende se le reintegre, con el fin de que dentro del término indicado se pronuncie sobre los hechos expuestos por el actor y para que allegue las pruebas que pretende hacer valer. También se vinculó a Sanitas E.P.S. S.A. con el propósito de que rinda un informe sobre el historial clínico y el estado de salud actual del accionante, indicando las incapacidades generadas

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

en los últimos dos años con relación al cáncer de piel del que padece y si esas incapacidades fueron objeto de recobro por parte de la Gobernación del Cesar.

Finalmente, en obediencia a lo dispuesto por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en la providencia mediante la cual declaró la nulidad de lo actuado desde el auto de fecha 11 de agosto de 2022 por indebida notificación de Sanitas E.P.S., el Despacho reinició el trámite correspondiente.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

Corrido el traslado respectivo, la señora **Dalia María Ávila Reyes, actuando en calidad de Asesora de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo**, frente a la razón puntal por la que se le requirió, indicó que garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye una protección especial que se establece en favor de los trabajadores con discapacidad o incapacitados para la permanencia en sus trabajos, que obedece a la desigualdad o debilidad del trabajador frente a los demás trabajadores por no encontrarse en las mismas condiciones físicas o psíquicas para el desarrollo de sus funciones o tareas para las que han sido contratados. Agrega esta garantía ampara a los trabajadores que padecen *“i) deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad, permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito normal del ser humano; iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, que impide o limita el desempeño de una función normal de la persona, (disminución en la salud) que lo pone en condiciones de desigualdad ante los demás trabajadores.”*

Luego de transcribir textualmente el contenido del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, concluyó que *“(…) la limitación física de una persona no es motivo justificante para la válida terminación de su contrato de trabajo, razón por la cual ante el finiquito del vínculo contractual laboral con causa o con ocasión de la discapacidad o incapacidad del trabajador, dará lugar al reconocimiento y pago de indemnización equivalente a 180 días de salario”*.

Por lo anterior, adujo que debe cumplir con un requisito *sine qua non* por parte de los empleadores o contratantes, el cual es contar, en estos casos, con una autorización expedida por la Dirección Territorial del domicilio de la empresa (oficina del Trabajo), en la cual se debe certificar por parte del empleador o contratante la justificación debidamente probada y con los soportes correspondientes que den fe de ello, para solicitar ante el Inspector de Trabajo la finalización del vínculo laboral o contractual según sea el caso. Agrega que en caso de que el empleador o contratante no cuente con la autorización expedida por el Inspector de Trabajo, dicha terminación del vínculo laboral o contractual se entenderá ineficaz, pero además de la ineficacia de dicha terminación del vínculo contractual, el empleador o contratante se verá avocada al reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes y demás indemnizaciones que a criterio de un juez de la República haya lugar.

Por su parte, el señor **Sergio José Barranco Núñez, actuando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación Departamental del Cesar**, dentro de su contestación, aclaró que la vinculación del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez con el Ente Departamental en relación con el cargo denominado Auxiliar de la salud, código 412, grado 03, nombrado mediante la Resolución No. 001562 del 4 de mayo de 2017, fue en provisionalidad. Además, señaló que dentro de la historia laboral del actor que reposa en el Oficina de gestión Humana no aparece ningún reporte sobre la enfermedad (cáncer de piel) de la que padece el actor.

Que la expedición de la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022 se realizó en cumplimiento de la Resolución No. 3799 del 2 de marzo de 2022, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Aduce que para el retiro del cargo del actor no se requiere autorización previa del Ministerio del Trabajo, pues tratándose del “retiro provisional”, citando la sentencia SU – 917 de 2010 de la Corte constitucional aduce que *“(…) 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*

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto (...)”.

Enfatizó que no podía atenderse la solicitud de reubicación en otro cargo en razón a que en la planta de personal no existía vacante donde pudiera ser reubicado, máxime cuando para la fecha de radicación de la petición ya existía lista de elegibles para el cargo que ocupaba el actor, derivada del Acuerdo de Convocatoria Número N° CNSC 20191000006006 del 15 de mayo del 2019, a través del cual se convocó a concurso abierto de méritos de los empleos en vacancia definitiva provistos o no mediante nombramiento provisional en la planta de personal de la Gobernación del Cesar, Convocatoria 1279 de 2019–Territorial 2019.

Aclaró que la Administración Departamental, a través de la Oficina de Gestión Humana y la Secretaría de Educación, en cumplimiento a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y a la circular No. 2019100000097 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y al verificar que no fue habilitada la plataforma SIMO (Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad), de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el reporte de los pre pensionados, se procedió a remitir en medio físico el día 23 de agosto del 2019, el listado de los funcionarios de ambas dependencias que reunían los requisitos señalados en la norma trascrita. Además, dijo que el Gobernador del Departamento de turno solicitó la modificación de la convocatoria teniendo en cuenta la norma señalada.

Frente a ello, la Comisionada Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la señora Luz Amparo Cardoso Cañizalez, a través del oficio distinguido con el radicado No. 20192330504501 del 26 de septiembre del 2019 les manifestó:

“Bajo este mismo contexto, en lo que al artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 se refiere, en la medida que esta Ley se expidió el 25 de mayo de 2019, dicho artículo es aplicable a los procesos de selección que sean aprobados por la sala plena de la CNSC con posterioridad al 25 de mayo de 2019, fecha a partir de la cual empezó a regir la Ley, por lo cual la Gobernación del Cesar no es sujeto de aplicación de la norma en cuestión”.

Sostiene que, ante tal circunstancia, la Administración Departamental, a través de la Oficina de Gestión Humana, debió reportar todas las plazas que se encontraban en provisionalidad en la planta de personal de la entidad, por lo cual todos los cargos serán provistos en los próximos días a través de las listas de legibles que expida la comisión. De igual manera indicó que todos los cargos provistos en provisionalidad fueron ofertados, por lo cual no hay cargo donde pueda ser reubicado el actor.

Finalmente, manifestó que al interior de la Gobernación se requirió a todos los funcionarios para que informaran respecto de la calidad de prepensionado para ser reportado a la Comisión Nacional del Servicio Civil; sin embargo, dijo que el actor no allegó ningún documento. Por todo lo anterior, pide que se deniegue las pretensiones del actor en contra del Departamento del Cesar.

Posteriormente, **Malky Katrina Ferro Ahcar, actuando en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**, dentro de su contestación, aduce que esa entidad no se encuentra legitimada en causa por pasiva para absolver las pretensiones del actor porque no van dirigidas en contra de ella y, además, porque carece que competencia para ello pues al citar el Decreto 2011 de 2013, sostiene que Colpensiones solamente puede asumir asuntos relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional. Acota que Colpensiones no tiene petición o trámite pendiente por resolver en favor del ciudadano.

Por lo anterior, afirma que no es posible considerar que Colpensiones tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y teniendo en cuenta que la acción de tutela se refiere a una prestación que no es de su competencia, solicita que se desvincule a esa entidad del trámite tutelar de la referencia.

Luego, la señora **Lizandra Mendoza Gonzalez** dentro de su contestación afirmó que ella ocupó el primer puesto de la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado AUXILIAR AREA SALUD, código 412, grado 3, distinguido la OPEC No. 74563 de la Gobernación Departamental del Cesar.

Que el día 20 de mayo de 2022, la Líder Programa de Gestión Humana de la Gobernación Departamental le notificó su nombramiento en periodo de prueba durante seis (6) meses en el empleo para el que participó. Que mediante el acta de posesión No. 1104 del 14 de junio de 2022 tomó posesión del cargo. Finaliza su intervención manifestando que desconoce las circunstancias particulares del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez y que su desvinculación no tiene nada que ver con su participación en el concurso de mérito, sino que obedece, según ella, a una decisión administrativa de la Gobernación del Cesar y su posesión a la consecuencia legítima del concurso; por ende, pide se desvincule del trámite tutelar de la referencia.

Finalmente, a pesar de haber sido notificado en debida forma la providencia de fecha 11 de agosto de 2022 al(la) Gerente y/o Representante Legal de Sanitas E.P.S. S.A. y vencido el término concedido, guardó silencio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

- **Problema Jurídico**

Teniendo lo anteriormente expuesto, el Despacho se plantea como problema jurídico por resolver, el siguiente:

Determinar si la Gobernación Departamental del Cesar se encuentra vulnerando y/o amenazando los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital y móvil del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez por el hecho declararlo insubsistente del cargo que venía desempeñando en provisionalidad como auxiliar área salud, código 412, grado 03, de la planta global del Ente Departamental accionado mediante la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022, a pesar de haber sido diagnosticado con cáncer de piel y sin contar con autorización previa del inspector del trabajo.

De ser así, el Despacho deberá establecer si es proceden o no ordenarle a la Gobernación Departamental del Cesar que reintegre al actor al mismo cargo que venía ocupando en el Ente Departamental o que sea reubicado en otro cargo hasta tanto se profiera el acto administrativo que le reconoce la pensión de jubilación por parte de Colpensiones.

- **Tesis del Despacho.**

Para el Despacho, en el caso sometido a su conocimiento, no existe vulneración o amenaza a los derechos fundamentales invocados por la apoderada judicial del actor pues la desvinculación del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez y el consecuente nombramiento en periodo de prueba de la señora Lizandra Mendoza González en el cargo denominado auxiliar área salud, código 412, grado 03, de la planta global de la Gobernación Departamental del Cesar, efectuado mediante la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022, obedece al cumplimiento del deber legal que le impone el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2013 en este caso al Gobernador del Cesar, como autoridad nominadora, lo cual descarta *per se* un acto de discriminación por su condición de salud.

- **Procedencia de la Acción de Tutela.**

Previo a definir la cuestión debatida habrá de decirse que la Constitución Política de 1991 en su artículo 86 consagró la acción de tutela como un mecanismo novedoso y eficaz, desarrollada mediante la expedición del Decreto 2591 de 1.991, la cual tiene operatividad inmediata cuando quiera que a una persona se le violen o amenacen derechos constitucionales fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública y excepcionalmente por particulares. Por tal razón, puede ser ejercida ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo a través de representante o agenciando derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa.

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

Sobre la naturaleza de la mencionada acción, se tiene que aquella ostenta un carácter subsidiario, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en el ordenamiento que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales.

En lo que tiene que ver con el asunto sometido a consideración del Despacho se tiene que el artículo 125 de la Constitución Política, “[**l]os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.**” (Negrilla del Despacho).

Frente al mérito como elemento esencial para la provisión de cargos públicos de carrera, la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 089 de 1999, dijo:

*“La Constitución de 1991 exaltó **el mérito** como criterio predominante, que **no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado.** Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla, tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”* (Negrilla del Despacho).

Más adelante, en esa misma providencia complementó afirmando:

*“No se requiere un profundo análisis de los términos usados por el Constituyente para concluir, entonces, que, salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que **los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador,** quien no podrá desatenderla para dar un trato inmerecido -a favor o en contra- a quienes han participado en el proceso de selección; y que, correlativamente, esos resultados generan derechos en cabeza de los concursantes que obtienen los más altos puntajes.”* (Negrilla del Despacho).

En este mismo sentido, se pronunció en la sentencia SU - 1114 de 2000, en la que dispuso:

*“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato. Adicionalmente, ha establecido que **quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó.** En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”* (Negrilla del Despacho).

Por otra parte, frente a la estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, la Corte Constitucional en sentencia T – 464 de 2019, citando el artículo 53 de la Constitución Política dijo que “(...) es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido (...)” y explicó que “(...) se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad”. Complementó afirmando que la estabilidad laboral se trata de:

“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si

CALLE 14 CON CARRERA 14 ESQUINA – PALACIO DE JUSTICIA – VALLEDUPAR,
CESAR.Email: i07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

Continuó explicando que las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo e incluso en favor de aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, esto en aplicación extensiva de lo normado en la Ley 361 de 1997.

Agregó que “(...) los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada”; no obstante, dijo que en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera administrativa gozan de 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”. En desarrollo de esa idea puntualizó que:

“la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”. (Negrilla del Despacho).

En este aparte cito la sentencia SU-446 de 2011 en la que expuso:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.

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

Continuó diciendo:

“Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de

CALLE 14 CON CARRERA 14 ESQUINA – PALACIO DE JUSTICIA – VALLEDUPAR,
CESAR.Email: j07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

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

En este mismo sentido se pronunció en la sentencia T-373 de 2017:

“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”.

Además, en esa providencia señaló que *“(…) cuando con fundamento en el principio del mérito 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, y en la materialización del principio de solidaridad social, 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.”*

Por otra parte, el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 dispone el orden para la provisión de los empleos de carrera, dispone:

“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:

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.” (Negrilla del Despacho).

Mas adelante, el parágrafo 2° de esa norma dispone que: **“Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de**
CALLE 14 CON CARRERA 14 ESQUINA – PALACIO DE JUSTICIA – VALLEDUPAR,
CESAR.Email: i07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo 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. (Negrilla del Despacho).

Continúa indicando en el párrafo 3° que en el caso en el que 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.”** (Negrilla del Despacho).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Recapitulando, en el asunto sometido a consideración del Despacho se tiene que el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, mediante apoderada judicial, interpuso acción de tutela en contra de la Gobernación Departamental del Cesar por la presunta violación y/o amenaza de sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital y móvil por el hecho de declararlo insubsistente del cargo que desempeñaba en provisionalidad en esa entidad, mediante la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022 sin tener en cuenta que supuestamente se encuentra próximo a pensionarse, que padece de cáncer de piel y que su desvinculación se efectuó sin autorización por parte del Ministerio del Trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, pretende mediante la referida acción constitucional que se le tutelen los derechos fundamentales que invoca y que se le ordene al Ente Departamental accionado que lo reintegre al actor al mismo cargo que venía ocupando o que sea reubicado en otro cargo hasta tanto se profiera el acto administrativo que reconoce la pensión de jubilación por parte de Colpensiones.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación Departamental del Cesar, por su parte, se opone a la prosperidad del amparo que demanda el actor. Aclaró que el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez se encontraba nombrado en provisionalidad en el cargo Auxiliar de la salud, código 412, grado 03, nombrado mediante la Resolución No. 001562 del 4 de mayo de 2017 y que dentro de la historia laboral del actor que reposa en el Oficina de gestión Humana no aparece ningún reporte sobre la enfermedad (cáncer de piel) de la que padece el actor y que al interior de la Gobernación se requirió a todos los funcionarios para que informaran su calidad de pre pensionado para ser reportado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; sin embargo, agrega que el actor no allegó ningún documentos.

Expone que para el retiro del cargo del actor no se requiere autorización previa del Ministerio del Trabajo, pues tratándose del “retiro provisional”, citando la sentencia SU – 917 de 2010 de la Corte constitucional aduce que “(...) 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 (...)”

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

Que no puede atenderse la solicitud de reubicación en otro cargo en razón a que en la planta de personal no existía vacante donde pudiera ser reubicado, pues todas las plazas fueron ofertadas y serán provistos en los próximos días.

Por su parte, la señora **Lizandra Mendoza Gonzalez** dentro de su contestación afirmó que ella ocupó el primer puesto de la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado AUXILIAR AREA SALUD, código 412, grado 3, distinguido la OPEC No. 74563 de la Gobernación Departamental del Cesar.

Que el día 20 de mayo de 2022, la Líder Programa de Gestión Humana de la Gobernación Departamental le notificó su nombramiento en periodo de prueba durante seis (6) meses en el empleo para el que participó. Que mediante el acta de posesión No. 1104 del 14 de junio de 2022 tomó posesión del cargo. Finaliza su intervención manifestando que desconoce las circunstancias particulares del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez y que su desvinculación no tiene nada que ver con su participación en el concurso de mérito, sino que obedece, según ella, a una decisión administrativa de la Gobernación del Cesar y su posesión a la consecuencia legítima del concurso; por ende, pide se desvincule del trámite tutelar de la referencia.

Condiciones de procedibilidad de la Acción de Tutela.

- **Legitimación en Causa por Activa.**

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 10° del Decreto-Ley 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", precisa lo siguiente:

"La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".

En el asunto de la referencia, el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez actúa mediante apoderada judicial pretendiendo a través de la acción de tutela, se le amparen los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la entidad accionada, por lo tanto, se estima que se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela de la referencia.

- **Legitimación en la causa por pasiva. -**

Según el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, "[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. (...)" tal y como acontece en este caso en el cual la entidad accionada es la Gobernación Departamental del Cesar quien, según la apoderada judicial del actor, se encuentra vulnerando y/o amenazando los derechos fundamentales de su mandante; por consiguiente, se estima que el Ente Departamental se encuentra legitimada en la causa por pasiva para absolver las pretensiones de la referida acción de tutela.

- **Inmediatez. -**

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita ante la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación del escrito de tutela, debe haber transcurrido un lapso razonable.

En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar aprobando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Según el relato de los hechos y con los documentos allegados por las partes, se observa que el acto administrativo mediante el cual fue desvinculado data del 19 de mayo de 2022. Además, a la que fecha de esta providencia persiste la causa que según el actor se vulnera sus derechos fundamentales, razón por la cual se concluye que la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de inmediatez debido a que la solicitud fue presentada dentro de un término prudencial.

- **Subsidiariedad. -**

Según el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, “[la] acción [de tutela] 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”; no obstante, en múltiples sentencias, entre ellas en la T – 020 de 2021, la Corte Constitucional, citando la norma en mención y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dijo:

“(…) la procedencia de la acción de tutela está condicionada al principio de subsidiariedad. Aquel autoriza su utilización en tres hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relativo a la afectación de un derecho fundamental; o (ii) el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo; o, (iii) la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable”

En cuanto el segundo supuesto explicó que el mecanismo ordinario no es idóneo cuando “(..) no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral respecto del derecho comprometido (...) y, frente al tercero, citando la sentencia T – 225 de 1993 que el perjuicio irremediable debe ser “(...) ser **inminente**, esto es, que esté por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser **grave**, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) la respuesta requerida por vía judicial debe ser **impostergable**, o fundada en criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

Frente a la prueba del perjuicio irremediable como requisito indispensable para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte Constitucional, en sentencia T-290 de 2005, dijo que “(...) la jurisprudencia de la Corte Constitucional exige que **dicho perjuicio se encuentre probado**. En efecto, **no puede el juez constitucional conceder el amparo transitorio**, que constitucionalmente se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, **si el mismo no está acreditado en el expediente**. Como dice la jurisprudencia pertinente, **al juez de tutela no le es dado imaginarse el escenario en el que se configura el perjuicio irremediable (...)**” (Negrilla del Despacho).

Aunque dijo que, en caso especiales, el perjuicio irremediable puede presumirse cuando “en la demanda al menos se señalen los hechos concretos que permitan al juez constitucional deducir la ocurrencia de dicho perjuicio”. Para mayor ilustración citó como ejemplo los casos en los el afectado asegure que depende su salario para subsistir y que, por lo tanto, la falta de su pago permite presumir el perjuicio irremediable en materia de mínimo vital.

Sin embargo, en lo referente al tema de reintegro de empleados públicos, la Corte Constitucional en sentencia T-646 de 2019, ha dicho que en principio ella es improcedente en la medida que existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos; no obstante, excepcionalmente ha sido admitida “(...) cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable,

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

toda vez que, en estos eventos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados, como sí lo hace la acción de tutela”.

Sumado a lo anterior, el Máximo Tribunal Constitucional ha precisado que en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, *“(…) la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno al derecho al mínimo vital, pues se entiende que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar en una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que percibían a través del cargo público”.*

En el caso concreto el Despacho estima que la acción de tutela de la referencia cumple con el requisito de subsidiariedad dado que en los hechos tercero y sexto de la demanda de tutela, la apoderada judicial del accionante adujo que el salario que él percibía como empleado del Ente Departamental accionado constituye el sustento de él y de su familia conformado por su esposa y sus dos hijos quienes según ella, se encuentran desempleados y uno de sus hijos se encuentra culminando sus estudios universitarios. Además, se encuentra demostrado que el actor se trata de un sujeto de especial protección constitucional debido que a la fecha de esta providencia tiene 62 años de edad y porque padece de cáncer de piel.

i. Del caso concreto. -

Con la copia simple de la Resolución No. 001562 del 4 de mayo de 2017 visible a folios 11 y 12 del archivo digital No. 01 del expediente electrónico se demuestra que el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez fue nombrado provisionalmente en el cargo de Auxiliar de Justicia, código 412, grado 03 de la planta global de la Gobernación Departamental del Cesar y con la copia simple de la Resolución No. 004424 del 19 de mayo de 2022 que se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad y que en su defecto, se nombró en periodo de prueba a la señora Lizandra Mendoza González, decisión que le fue comunicada al actor mediante el escrito de fecha 20 de mayo de 2022 visible a folio 13 del mismo archivo.

Con la copia de la historia clínica de fecha 6 de septiembre de 2021 visible a folio 25 se evidencia que el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez ha sido diagnosticado con “CARCINOMA IN SITU DE OTRAS PARTES Y LAS NO ESPECIFICADAS DE LA CARA”. Con la copia de la historia clínica de fecha 22 de septiembre de 2021 se observa que además ha sido diagnosticado con “RESECCIÓN DE TUMOR EN (sic) ALA NASAL IZQUIERDA” y “CARCINOMA BASOCELULAR NODULAR”. Con la copia de la historia clínica de fecha 21 de junio de 2022 visible a folio 27, se demuestra que el actor padece de “TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADIOCULOPATIA” y con la historia clínica de fecha 13 de julio de 2022 el accionante ha sido diagnosticado con “LUMBAGO NO ESPECIFICADO”.

Contrario a lo afirmado por la apoderada judicial del accionante, el Despacho no encuentra demostrado dentro del expediente que el señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez cumple con los requisitos para ser considerado pre pensionado, veamos:

La Corte Constitucional en sentencia T-500 de 2019 advirtió que la garantía a la estabilidad laboral de los prepensionados *“(…) se predica de los trabajadores (público o privado) que les faltare tres (3) o menos años para cumplir con el número de semanas de cotizadas o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para acceder a la pensión de vejez”.* En el caso concreto, con el documento denominado “**RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR**” expedido por Colpensiones, visible a folios 17 – 23 del archivo digital No. 03 se evidencia que a la fecha de ese escrito (29 de julio de 2022) tiene 1.022 semanas cotizadas; por consiguiente, teniendo en cuenta que en virtud del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez se requiere como mínimo haber cotizado 1300 semanas, se concluye que al accionante le falta un total de 278 semanas equivalentes a más de 5 años y 9 meses; por lo tanto, a la luz de esa norma y del criterio expuesto por la Corte Constitucional al respecto, se concluye que el actor no cumple con los supuestos de hechos establecido para que sea catalogado como un sujeto prepensionado.

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

Es de resalta que, si bien la parte actora adujo en el relato de los hechos que existe un periodo de tiempo laborados, pero no cotizados al Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones, comprendidos entre el 1° de octubre de 1980 hasta el 13 de agosto de 1981 y del 24 de mayo de 1991 hasta el 12 de enero de 1996; dicha circunstancia excede la orbita del juez de tutela, por consiguiente, requiere ser aclarada la situación directamente por vía administrativa ante Colpensiones o ante el juez ordinario laboral o contencioso administrativo, según sea el caso.

Lo cierto es que de la realidad fáctica, se desprende que el actor no se encuentra amparado por la garantía de la estabilidad laboral por no ser prepensionado.

Aun así, en el evento de lo que lo fuese, el Despacho, al examinar el acto administrativo mediante el cual se dio por finalizado el nombramiento en provisionalidad de accionante, esta juzgadora observa que no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados por la apoderada judicial del actor, pues es decisión se encuentra debidamente motivada (y por ende se encuentra amparada por la presunción de legalidad según el artículo 88 del C.P.A.C.A.). Además, porque su desvinculación obedece al cumplimiento del deber legal que le impone el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2013 en este caso al Gobernador del Cesar, como autoridad nominadora, lo cual descarta *per se* un acto de discriminación por su condición de salud.

Es de resaltar que en la contestación de la acción de tutela, el jefe de la Oficina Jurídica del Ente Departamental afirmó que no existen plazas disponibles en los que pueda ser reubicado el accionante.

En este aparte se aclara que para el Despacho, en el caso concreto que no se requiere de autorización previa del Ministerio del Trabajo para culminar la relación laboral, pues su razón de ser es con fin de que este verifique si las razones esgrimidas por el empleador no estén asociadas a la condición de salud del trabajador, sino que se trata una causal objetiva, así lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017; no obstante, en el caso concreto se descarta que la desvinculación del actor sea por su situación de salud, sino que como se dijo en líneas anteriores, la culminación de la relación se debe al cumplimiento del deber legal que importe el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2013 al representante legal del Ente Departamental accionado.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho, en esta oportunidad no encuentra amenazado y/o vulnerado los derechos fundamentales del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, por lo tanto, se abstendrá de ordenarle al Gobernador Departamental Cesar que reintegre al actor en el mismo cargo que venía desempeñando en el Ente Departamental accionado, pues según el acervo probatorio, esa plaza se encuentra ocupada por la señora Lizandra Mendoza Gonzalez quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 3855 del 2 de marzo de 2022 por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a quien debe respetársele su derecho adquirido.

Finalmente, como quiera que las pretensiones de la acción de tutela de la referencia van dirigidas en contra de la Gobernación Departamental del Cesar, se desvinculará a Colpensiones por carecer de legitimación en la causa por pasiva

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Valledupar, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Abstenerse de amparar los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital y móvil del señor Álvaro Rafael Mendoza Rodríguez, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Desvincular del trámite tutelar de la referencia a Colpensiones por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

TERCERO: Comuníquese la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1991. La secretaría proceda de conformidad.

CALLE 14 CON CARRERA 14 ESQUINA – PALACIO DE JUSTICIA – VALLEDUPAR,
CESAR.Email: i07cmvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia : SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
Radicado : 20001-40-03-007-2022-00508-00
Accionante: ÁLVARO RAFAEL MENDOZA RODRÍGUEZ
Accionada : GOBERNACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CESAR
Vinculados: COLPENSIONES, LIZANDRA MENDOZA GONZÁLEZ Y SANITAS E.P.S.

CUARTO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Por Secretaría procédase de conformidad.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIANA PATRICIA DIAZ MADERA
Juez