



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2022-00031-00.

Sentencia Primera Instancia

Fecha: Febrero ocho (08) de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación solicitante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

- **EUGENIA MARGARITA VITOLA ALMANZA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 64'584.925, actuando a través de apoderado judicial

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

- a) La actuación es dirigida por la tutelante en contra de:
 - **ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE** y
 - **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.**

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionante indican que se tratan de los derechos al debido proceso, igualdad y trabajo.

4.- Síntesis de la demanda:

- a) *Hechos:* la accionante manifestó:
 - Precisa que desempeñó el cargo de auxiliar administrativo grado 33 ante la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE, en provisionalidad.
 - Indica que, de manera irregular la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE, surtieron el concurso de méritos No.1124 de 2019 -territorial 2019-, el cual después de surtirse, generó que su cargo fuera provisto.
 - Manifiesta que, a raíz de esto, fue declarada insubsistente a través del Decreto 893 del 15 de diciembre de 2021, en desmerito de su estado de salud.
 - Aclara que, es madre cabeza de familia y que tiene una discapacidad visual, y que esta a su cargo hace mucho tiempo un sobrino que carece de oportunidades económicas.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Petición:

- Amparar sus derechos fundamentales.
- Se deje sin valor y efecto el acto administrativo por el cual se le declaró insubsistente y se ordene reintegrarla a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE.

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

a) **La ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE**, al atender este requerimiento, precisó que, la tutelante fue declarada insubsistente toda vez que el cargo que ocupaba en provisionalidad fue proveído por la persona que ganó dicho concurso para el cargo que aquí se discute. De igual manera, recalcó que la actora no cuenta con los elementos necesarios para ser considerada una persona de protección constitucional; máxime si se tiene que, el motivo de su retiro obedece a una causal objetiva y fue a través del correspondiente acto administrativo el cual goza de presunción de legalidad (decreto 893 del 15 de diciembre de 2021) que se le desvinculó. De manera puntual expresó:

2. Que mediante el decreto 893 del 15 de diciembre de 2021, La señora EUGENIA MARGARITA VITOLA ALMANZA fue declarada insubsistente del cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, CODIGO 407, GRADO 33.
3. Se procedió a retirar del servicio a la actora constitucional mediante la insubsistencia de su nombramiento, en cumplimiento a la Resolución N° 9359 del 11 de noviembre de 2021, por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer cuarenta y tres (43) vacantes definitivas del empleo referenciado, identificado con el código OPEC N° 54765, la cual fue notificada a la entidad por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Que existe **presunción de legalidad del Acto Administrativo** que no ha sido declarado nulo por el juez natural de la Administración: el juez administrativo.



b) **La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, a su turno, recalcó que al interior de los procesos de selección Nos 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 -convocatoria territorial 2019-, prevista en ejercicio del concurso de méritos se ajustó a todos los parámetros legales que rigen la materia.

Añade que, después de estudiar el caso de la demandante se obtuvo que la misma participó en dicha convocatoria y fue descalificada de la misma por no cumplir con los requisitos mínimos necesarios. Al respecto, mencionó:

En cumplimiento de las obligaciones contractuales se publicó el pasado 04 de agosto del 2020 los resultados PRELIMINARES de la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos y se dio apertura a la etapa de reclamaciones los días 5 y 6 de agosto del año en curso en cumplimiento del artículo 20 del Acuerdo Rector

Aspirante: EUGENIA MARGARITA VITOLA ALMANZA
Cédula: 64584925
Inscripción: 267402494
OPEC: 54765
Entidad: ALCALDIA DE SINCELEJO

El empleo al cual se inscribió el aspirante, correspondiente al nivel de empleo asistencial y cuya denominación es "auxiliar administrativo" de la ALCALDIA DE SINCELEJO, estableció los siguientes requisitos mínimos:

"Estudio: Diploma de bachiller en cualquier modalidad

Experiencia: Treinta y seis (34) meses de experiencia relacionada o laboral"

Resultado Preliminar de la Etapa de VRM publicado el 04 de agosto de 2020: NO ADMITIDO.

Motivo: El aspirante NO cumple con el requisito mínimo de experiencia requerido por la OPEC 54765 dado que la experiencia acreditada por el aspirante no es suficiente para cumplir el requisito mínimo exigido para el empleo al cual aspira.





Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Revisado el Sistema-SIMO se tiene que el accionante presentó reclamación frente al resultado preliminar publicado y mediante radicado **RECVRMT-DPC005** esta delegada contestó de fondola solicitud interpuesta informándole que, la experiencia aportada resulta insuficiente para el cumplimiento del requisito mínimo de experiencia específico solicitado por el empleo a proveer correspondiente a Treinta y seis (34) meses de experiencia laboral. En este sentido, el aspirante únicamente aportó 26.60 meses de experiencia laboral, y que se trata del tiempo exacto que fue objeto de validación desde el 13 de marzo de 2017 y hasta la fecha de expedición del documento que es 31 de mayo de 2019, bajo las exigencias de tipo y cantidad de experiencia solicitadas por el empleo al cual se inscribió; por tanto, se concluye entonces que no se hace posible dar cumplimiento al requisito mínimo de experiencia solicitado.

La Fundación Universitaria del Área Andina y la CNSC publicaron el 31 de agosto de 2020 el resultado definitivo de la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos, revisado el Sistema SIMO, se encuentra que el estado de la accionante en el presente proceso de selección es de NO ADMITIDO.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en artículo 6 numeral 2 del acuerdo de convocatoria, es causal de exclusión de la Convocatoria:

“...2. No cumplir los requisitos mínimos exigidos en la OPEC.” (Negrilla fuera de texto).



Por tal motivo, el estado actual del aspirante es de NO ADMITIDO en la presente Convocatoria por el NO cumplimiento del requisito mínimo de **EXPERIENCIA** exigido por la OPEC 54765, resultado en firme desde el 31 de agosto de 2020.

Por otro lado, expone que no le compete la expedición del acto por el cual se declaró insubsistente a la actora, ya que son facultades propias de la Alcaldía Municipal de Sincelejo. Finalmente ruega su desvinculación del presente asunto.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración a los derechos implorados por la tutelante por cuenta de las accionadas?

8.- Procedencia de la acción de tutela:

a.- Normas aplicables:

a.- Naturaleza jurídica de la acción de tutela

Menester resulta recordar una vez más que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, consagrado por el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, al objeto de poder lograr, por su medio, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o exista amenaza de vulneración, por acción u omisión de las autoridades o de los particulares bajo determinadas condiciones. Es además un mecanismo subsidiario, en cuanto que sólo resulta procedente cuando se carece de otro medio judicial ordinario para el efecto de su protección; no obstante, excepcionalmente, aunque como mecanismo transitorio, procede así exista otro instrumento judicial ordinario, cuando se trata y es posible evitar un perjuicio irremediable, de forma que el no recurrir a ella, tal perjuicio se consumaría irremisiblemente (Art. 86, ib. Art. 6, Decreto 2591 de 1991).

b.- Sobre la convocatoria como ley del concurso y el derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

La sentencia T-682-16, al respecto enuncia:

(...) 5.1. Como se ha expuesto en las líneas que anteceden, el principio del mérito constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección. Persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocupar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa, y la define como norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes. Al respecto, ha precisado la Corporación, que: “el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

5.2. Conviene destacar entonces que las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse. Se trata de reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

*5.3. En este orden de ideas, **la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso**, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.*

*5.4. Frente al tema, la Sala Plena de la Corporación en sentencia SU-913 de 2009 determinó que: “(i) **las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales**; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se auto vincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto,*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido. (...)”

d.- En cuento al derecho de estabilidad laboral reforzada de empleados públicos en cargo de provisionalidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una **estabilidad relativa**, en la medida en que **sólo** pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”¹.*

c. -Derecho de acceso a cargos públicos- Alcance del derecho a acceder a cargos públicos al cumplimiento de requisitos.

Frente al tema, la Corte Constitucional ha dicho:

“(…)”

¹ Corte Constitucional. Sentencia 373 de 2017. Magistrado ponente, Dra; CRISTINA PARDO SCHLESINGER



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público, consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó:

“La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión”.

En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:

“la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”.

De lo anterior se desprende que, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley. Entonces, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad o de la violación de otro derecho fundamental, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

Ahora bien, frente al ejercicio efectivo del derecho al acceso a cargos públicos, la Corte ha precisado que:

“ (...) para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley.

*(...) Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión, **negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio**”.*

A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio''². (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).

e.- Verificación de requisitos generales para el caso concreto: En lo referente a **legitimación en la causa**, se evidencia identidad entre la entidad tutelante y las autoridades comparecientes, de suerte que se tiene por cumplido tal requisito.

En el apartado de **subsidiariedad** se verifica que la parte actora no acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contando con la posibilidad aun de hacerlo, incumpliendo de esta forma con este requisito.

10.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Caso concreto:

Revisadas las pretensiones de la parte demandante y el devenir de la acción de tutela, advierte el Despacho delantadamente que negará las pretensiones elevadas por la tutelante, a razón de los siguientes motivos:

En primer lugar, se debe destacar que, la desvinculación de la demandante con la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE, fue a través de su declaratoria de insubsistencia, acto administrativo el cual cuenta con un trámite ordinario para ser discutido, esto es, mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; aspecto que la actora no ha agotado previamente antes de acudir a este mecanismo constitucional.

Ante esto, no puede pasarse por alto que, la acción de tutela tiene como finalidad ser un mecanismo con el cual se pueda prevenir amenazas a derechos fundamentales que no puedan ser protegidos y tramitados por un medio ordinario, ya sea porque este no existe o porque de existir este resulta ineficaz; escenario que no es el discutido en este proceso, ya que, el Decreto 893 del 15 de diciembre de 2021 puede ser debatido ante un Estrado Judicial competente, esto sin contar que aún no se ha presentado el término de caducidad propia de estos asuntos (art 136 Cpac). A esto, se debe sumar que, esta clase de trámites cuenta con un abanico muy amplio de medidas cautelares ante la jurisdicción de lo contencioso que

² Corte Constitucional. Sentencia T-257 de 2012. Magistrado Ponente, Dr; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

permitirían analizar con calma y a profundidad lo discutido por la tutelante. Frente al tema, la jurisprudencia constitucional ha dicho:

*“La cuestión jurídica a resolver consiste en saber si la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es suficiente para convertir la acción de tutela en improcedente, dado que la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo) **consagró un sistema de medidas cautelares nominadas e innominadas que bien podrían tener la finalidad de ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.** Estas medidas buscan proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. De manera que resulta pertinente preguntarse si es improcedente la acción de tutela cuando el actor tiene a su disposición un mecanismo judicial que consiste en la solicitud de la adopción de medidas cautelares nominadas e innominadas, es decir, cualquier medida u orden que sea necesaria para proteger el objeto del litigio, evitar un perjuicio y garantizar la ejecutabilidad de la sentencia, en los términos del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011”³.*

Por otro lado, se tiene que, el argumento aducido por la tutelante en cuanto que la convocatoria motivo de su inconformismo contenga irregularidades, es controversial, si tiene que ella misma participó en la aludida convocatoria y en su momento no dijo nada al respecto, ni siquiera cuando fue desclasificada en el año 2020; circunstancia que permaneció incólume.

Por lo referido, en cuanto a la validez del aludido concurso se tiene que el mismo fue acorde con la normatividad que regula tal aspecto, y las actuaciones que se han adelantado, así como las notificaciones se han ido surtiendo paso a paso, por lo que, no se visualiza de alguna forma que el debido proceso de la demandante en cuanto al concurso de méritos haya sido irregular.

Sumado a lo anterior, la demandante esgrime como elementos de su presunta estabilidad laboral reforzada su estado de salud y su condición madre cabeza de familia, pero al observar el material que obra en el expediente, estos dos aspectos parecen no apoyar lo esgrimido por la demandante.

En cuanto a su salud, se tiene que su padecimiento *“Neurológico – hipertensión endocraneana benigna”*, lo sufre mínimamente desde el 2014, pero su vinculación con la entidad se llevo a cabo en el 2017 a través de la resolución No.115, por lo que no podría atribuirse que su malestar sea gestado por el cargo que desempeñaba o que el mismo fuera el motivo de su retiro. Frente a esto, se tiene lo siguiente tomado de los anexos de la demanda:

³ Corte Constitucional. Sentencia T-360 de 2017. Magistrado Ponente, Dr; Alejandro Linares Cantillo



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia

Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

01/08/2018 - 06:20:00 PM Consulta Externa

DETALLE DE LA EVOLUCIÓN DOLOR DE CABEZA

cuadro clínico que comienza hace 4 años caracterizado por cefalea hemisférica izquierda que experimenta como un peso contante y de predominio occipital asociada a atacamos autonómicos y frecuentes diária; ha tomado varias medicaciones sin mejoría entre otros topramato, fencafen, y han aplicado toxina botulínica; RMN de encéfalo es normal pero dice el informe que tiene compresión del nervio óptico bilateralmente por lo que realizaron PL con medición de presión que repirta la historia fue normal, pero informa los valores de la presión de apertura;

Ap: Niega alergias; diabetes mellitus no insulino requiriente > dieta

EXAMEN FÍSICO: Presión Arterial: 130/80 Frecuencia Cardíaca: 56 Frecuencia Respiratoria: 12

EXAMEN NEUROLÓGICO
Obeso; buen estado general, patrón respiratorio regular; auscultación C/P normal, no agregados; abdomen blando depresible sin masas ni megalias, RSI(+); alerta, orientada en los tres esferas memoria conservada, repite y denomina bien, reconoce derecha izquierda y cruza la línea 1/2, insight (+), pensamiento abstracto; AV: 20/40 AO con corrección; pupilas Isocóricas reactivas a la luz; FO: papiledema bilateral; pares craneales normales; fuerza 5/5 en las cuatro extremidades y en todos los segmentos; sensibilidad conservada; reflejos simétricos ++; marcha normal
IDx: HIPERTENSIÓN ENDOCRANEANA BENIGNA
Remito a neurocirugía para definir derivación lumboperitoneal; explico
PACIENTE EN LA CUARTA DECADA DE LA VIDA CON OBESIDAD MORBIDA Y CUADRO CLÍNICO NEUROLÓGICO COMPATIBLE CON UNA HIPERTENSIÓN ENDOCRANEANA BENIGNA QUE PERSISTE CON DOLOR A PESAR DE DIFERENTES ESQUEMAS DE TRATAMIENTO Y CON DISMINUCIÓN PROGRESIVA DE LA AGUDEA VISUAL QUE ADEMÁS PRESENTA PAPILEDEMA BILATERAL Y POR LO QUE REMITO A NEUROCIURUGIA PARA CONSIDERAR DERIVACION LUMBOPERITONEL O TERCER VENTRICULOSTOMIA, FUNDAMENTALMENTE POR EL COMPROMISO BILATERAL DEL SEGUNDO PAR QUE CREO HA SIDO PROGRESIVO.

Ahora bien, lo que respecta a su condición de madre cabeza de familia, tampoco se ajusta a la realidad, dado que, en el material documental aportado se comprueba que el pilar de su núcleo familiar no la compone únicamente ella, por lo que, mínimamente se puede deducir que su hogar cuenta con dos personas en capacidad de trabajar.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE SUCRE
COMFASUCRE
NIT 892200015-5

LA JEFE DEPARTAMENTO DE SUBSIDIO FAMILIAR

HACE CONSTAR

Que el (la) señor (a) **VITOLA ALMANZA EUGENIA** identificado (a) con Cédula de Ciudadanía N° **64584925** a la fecha registra como trabajador afiliado (a) en el sistema de informacion de datos de la Caja de Compensación Familiar de Sucre - COMFASUCRE, a través de la empresa **ALCALDIA DE SINCELEJO** identificada con Nit: **800104062**.

N	Tipo	Fecha de Nacimiento	N° Identificación	Nombres y Apellidos	Parentesco
1	CC	1972-05-21	92528681	RIVERA SUAREZ JUAN CARLOS	CONYUGE

Estado de Afiliación: **ACTIVO**

Categoría: **B**

Por lo referido, al observar las condiciones de vulnerabilidad que aduce la demandante, con las reglas para proveer el cargo en mención, tampoco se logra determinar que se este ante la figura de estabilidad laboral reforzada que se invoca, ya que su desvinculación no obedece a su estado de salud, sino por el deber de la accionada de proveer el cargo en carrera a la persona que correctamente ganó le respectivo concurso de méritos; aspecto que suprime cualquier ápice de estabilidad laboral que pudiera tener la tutelante. Esto sin contar que existe ya el acto administrativo que así lo señala y que podría ser atacado ante la jurisdicción de lo contencioso tal como se advirtió en acápite anteriores.

Dicho esto, para esta Sede Judicial no podría hablarse de un fuero de protección de la tutelante en torno a su estado de salud, dado que su desvinculación no es producto de tal aspecto, y, por otro lado, su condición de madre cabeza de familia se desvanece si se toma en cuenta que su hogar no depende únicamente de ella; a esto se suma que, si bien aduce el sostenimiento de su sobrino que depende de ella, tal afirmación carece de cualquier elemento que permita fijar que en efecto dicha persona depende económicamente de la demandante.

Lo anterior es así, porque en el plenario no se logra establecer con la certeza suficiente el cumplimiento de los supuestos que dan lugar al resguardo de la estabilidad laboral reforzada por vía de tutela, en razón al estado de salud de la demandante o su relación con su familia;



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

lo que, junto con otros aspectos, descarta un perjuicio irremediable y, con ello, la eventual procedencia como mecanismo transitorio.

Valga la pena recordar que, si bien la terminación del vínculo laboral con un trabajador y/o empleado público que tiene disminución física o se encuentra en un delicado estado de salud, puede ser catalogada como un indicio de discriminación que puede abrirle paso a la acción de tutela, **ello no quiere decir que se trate de una premisa absoluta que en todos los casos lleve a la procedencia de la acción invocada**, en tanto deben concurrir, contrario al dicho del impugnante, los siguientes presupuestos: “... (i) que el peticionario sea una persona con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta; (ii) que el empleador tenga conocimiento de la situación, y (iii) que se demuestre **un nexo causal entre el despido y el estado de salud**....”⁴

Al respecto, en el presente asunto, tenemos que la accionante laboró para la accionada por casi cuatro (04) años. Así se desprende de los documentos aportados por las partes, respecto de los cuales se logra establecer la antigüedad de la relación laboral entre las partes y el manejo de la patología que aqueja a la demandante mínimamente desde el 2014 que se generó antes de su vinculación ante la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, y que al momento de su retiro no le generó ninguna incapacidad médica o condición medica que le impida seguir laborando. De igual manera, se visualiza la gestión que se ha surtido respecto al concurso de méritos referenciado en este proceso, que desencadenaría a la postre en la desvinculación de la tutelante obedece a una razón objetiva.

También, está demostrado que la patología de la actora no le ha generado ninguna pérdida de capacidad laboral o lesión alguna, lo que dejaría entrever que, si bien la tutelante cuenta con un padecimiento que la molesta, este tampoco permite categorizarla como una persona incapacitada o mucho menos invalida o disminuida físicamente que no le permita ejercer sus actividades laborales o diarias.

Ahora bien, preciso es que no toda incapacidad genera estabilidad laboral reforzada, como lo ha referido la jurisprudencia; amén que se *“ha clarificado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, «[...] independientemente del origen que tengan y sin más aditamentos especiales, como que obtengan un reconocimiento y una identificación previas»”*⁵

Contrastado lo anterior, con los presupuestos arriba referidos para la procedencia de esta acción, se puede evidenciar que, al momento de proferir esta decisión los derechos de la demandante no están en riesgo, por un lado, porque su desvinculación de la entidad obedece a una causal objetiva producto del concurso de méritos realizados para proveer los cargos en provisionalidad, y por el otro, porque cuenta con un trámite ordinario para atacar el acto

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-118 de 2019. Magistrada Ponente, Dra; CRISTINA PARDO SCHLESINGER

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-114112017 (67595), del 02 de agosto de 2017.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

administrativo por el cual se le declaró insubsistente. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos” (subrayado y negrilla por fuera del documento original)⁶.

Por esto, se rompe la presunción de que la desvinculación de la que se obedece a la situación de salud de la demandante, y se refuerza que se gesta por la condición objetiva. Entonces, así la auspicante haya visto menguado su estado de salud como consecuencia de algún padecimiento, de lo obrante en el plenario, el Despacho no puede inferir con convicción que la terminación de su vinculación se debe a su padecimiento, motivo por el cual, no es posible inferir un indicio discriminatorio en la potencial terminación de su relación con la accionada, que es lo que se pretende salvaguardar a través de la estabilidad laboral reforzada; y es que, esta carga probatoria puede desplegarse aún en sede de tutela, según concepto del Ministerio de trabajo, a efectos de contrarrestar la presunción de despido injustificado por razones discriminatorias, cuando se trata de persona con discapacidad.

Así entonces, al existir una causa objetiva que es la que permitirá desvincular a la demandante se rompe el nexo causal entre esta y la eventual disminución física que pregona o su condición familiar. De esta manera no es factible inferir un indicio discriminatorio en este caso.

Y tal conclusión, lleva entonces, a abordar el estudio referente a la ausencia de autorización del Ministerio de Trabajo, pues ello no era menester, ya que *“...el Tribunal Constitucional del año 2000 no proscribió la terminación del contrato sin aval ministerial por razón diferente a la discapacidad del trabajador. Por el contrario, lo que señaló es que cuando estuviese soportada en esa razón –la limitación- se requería la autorización del Ministerio del Trabajo para comprobar si, en efecto, esa deficiencia era incompatible e insuperable o, dicho de otro modo, si la prosecución del vínculo laboral se tornaba imposible por razón de la situación de discapacidad del trabajador...”*⁷, de esta manera, y bajo esta nueva perspectiva, debe entenderse que la protección que brinda la ley 361 de 1997 está dirigida a los despidos que tienen origen en la discapacidad del trabajador, evento en el cual, se requerirá la intervención del Ministerio del Trabajo, surgiendo la protección laboral reforzada cuando el contrato es terminado por razón de la situación de discapacidad, sin contar con

⁶ Corte Constitucional. Sentencia 373 de 2017. Magistrado ponente, Dra; CRISTINA PARDO SCHLESINGER

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL1360, del 11 de abril de 2018.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

dicha venia, caso en el cual se entenderá que el despido es discriminatorio. **Pero existiendo certeza de una justa causa, puede proceder a su desvinculación, sin necesidad de acudir al aval ministerial**, bastándole realizar el procedimiento normal, garantizándole sus derechos, en palabras de la corte *“La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio”*⁸

Así las cosas, y reiterando que no toda patología genera estabilidad laboral reforzada y al menos en esta sede no se logra sostener que la desvinculación de la demandante tenga como móvil su condición de salud, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para su reintegro laboral o mucho menos para emitir alguna decisión contra un acto administrativo que cuenta con un trámite judicial específico para ser discutido.

Finalmente, por lo dicho con anterioridad para fundamentar que no hay lugar a la tutela de los derechos invocados, porque no se configuran los presupuestos para que surja la estabilidad laboral reforzada, se descarta la acusación de un perjuicio inminente e irremediable de la actora, por lo cual, y del caudal suasorio allegado no se colige que el amparo constitucional pueda ser otorgado como mecanismo transitorio, en la medida en que no se constató la presencia de un menoscabo irremediable que amerite la intervención inmediata por parte del Despacho. Por el contrario, la controversia es exclusivamente de tipo administrativo-laboral y no se advierte que por tal hecho se este lesionado los derechos fundamentales de la parte actora.

Tampoco se advierte la vulneración del derecho al mínimo vital, pues tal aseveración no fue comprobada ni tan siquiera sumariamente. Lo anterior resulta ajustado a lo señalado por la Corte Constitucional en lo referente a que, los actores no quedan exonerados en las acciones de tutela, de no probar los hechos fundamentos de éstas, tal como lo indicó en sentencias T-153 de 2011 y T-620 de 2017:

“No obstante, en virtud del principio de buena fe el actor no queda exonerado de probar los hechos, pues “en materia de tutela es deber del juez encontrar probados los hechos dentro de las orientaciones del decreto 2591 de 1991 en sus artículos 18 (restablecimiento inmediato si hay medio de prueba), 20 (presunción de veracidad si se piden informes y no son rendidos), 21 (información adicional que pida el juez), 22 (“El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”)”

*“En efecto, la Corte ha sostenido que quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que funda su pretensión, porque quien conoce la manera como se presentaron los hechos y sus consecuencias, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.”*⁹

Del mismo modo, esta Corporación ha establecido que el amparo es procedente cuando existe el hecho cierto, indiscutible y probado de la violación o amenaza del derecho

⁸ Ibidem.

⁹ Ver sentencia T-864 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

fundamental alegado por quien la ejerce. Por consiguiente, el juez no puede conceder la protección solicitada simplemente con fundamento en las afirmaciones del demandante. Por consiguiente, si los hechos alegados no se prueban de modo claro y convincente, el juez debe negar la tutela, pues ésta no tiene justificación.”¹⁰

En conclusión, la acción de tutela invocada se torna improcedente al no haberse agotado el requisito de subsidiaridad y al no estar en presencia de una lesión a prerrogativas constitucionales.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela presentado por EUGENIA MARGARITA VITOLA ALMANZA, contra la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

Notifíquese,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

RQ

10 Sentencia T-298 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.