

SENTENCIA DE TUTELA No. 088

ACCIONANTE: SUSANA PRADO
ACCIONADO: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI -
ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI
RADICACION: 760014003001 **202000250-00**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE CALI
Santiago de Cali, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Decidir sobre la acción de tutela promovida por la señora Susana Prado, actuando en nombre propio, contra la Secretaría de Educación de Santiago de Cali - Alcaldía De Santiago De Cali, Institución Educativa Colegio Santo Tomas del Municipio de Cali, Colpensiones, Ministerio de Trabajo, Gobernación del Valle del Cauca, Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la señora Johanna Andrea Gómez Mesa (estos últimos como vinculados) a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, seguridad jurídica, seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada en su condición de pre pensionada presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

II. IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:

La señora SUSANA PRADO, mayor de edad y vecina de Cali, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.933.824, quien puede ser notificada en el correo electrónico juridico@lexius.com.co - susan-p1964@hotmail.com

III. IDENTIDAD DEL ENTE ACCIONADO:

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@cali.gov.co

IV. IDENTIDAD DE LOS ENTES VINCULADOS:

INSTITUCIÓN EDUCATIVA COLEGIO SANTO TOMAS DEL MUNICIPIO DE CALI, recibe notificaciones al correo electrónico raul.maya@cali.edu.co - rasantotomas@gmail.com

COLPENSIONES, recibe notificaciones al correo electrónico Notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co - Contacto@colpensionesg.gov.co

GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA, recibe notificaciones al correo electrónico ntutelas@valledelcauca.gov.co o njudiciales@valledelcauca.gov.co

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, recibe notificaciones al correo electrónico notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

MINISTERIO DE TRABAJO, recibe notificaciones al correo electrónico notificacionesjudiciales@mintrabajo.gov.co

JOHANNA ANDREA GÓMEZ MESA, recibe notificaciones al correo electrónico johannagomez0713@gmail.com

V. ANTECEDENTES:

La accionante impetra esta acción constitucional a fin de que se le tutelen sus derechos fundamentales atrás referidos, los cuales afirma le están siendo vulnerados por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, presentando como fundamento de sus pretensiones los hechos que se sintetizan a continuación:

1. Relata que tiene 55 años y cuenta con 1250 semanas cotizadas según historia laboral emitida por Colpensiones expedida el 29 de mayo de 2020.

2. Expone que por su estado de salud consulto con especialista en Medicina del Trabajo, señor Johnny Ramos Díaz de la Alcaldía como coordinador del área de Seguridad Social Integral, quien hizo recomendaciones médicas y restricciones Médico Laborales, las cuales fueron comunicadas a la Secretaria de Educación Municipal para su aplicación:

- Reubicar en funciones en la cual la carga mental e intelectual sea baja, evitar responsabilidades que requieran toma de decisiones.
- Evitar atención al público.
- En lo posible asignar funciones de tipo manual y evitar centros de trabajo donde permanezca sola

3. Rememora que mediante Acta de Posesión No. 2546 de marzo 2 de 1994 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de: "SECRETARIO Código 5140 grado 10", en la Sección de Pagaduría del Fondo Educativo Regional del Valle del Cauca, posteriormente fue nombrada en provisionalidad mediante Acta de Posesión No. 2534 el 31 de diciembre de 2003 en la Institución Educativa José Antonio Galán y finamente reubicada en la Institución Educativa Santo Tomas de la ciudad de Cali con nombramiento provisional hasta la actualidad.

4. Mediante Acuerdo No. 2017000000346 del 28 de noviembre de 2017, que rige el proceso de selección No. 437 del 2017 –Valle del Cauca, se convocó concurso abierto de méritos para proveer los empleos en vacancia definitiva del Sistema General de Carrera Administrativa que incluía el cargo en el cual laboraba y el 11 de febrero de 2020 se publicó la lista de elegibles por parte de la CNSC para dicho cargo.

4. El 26 de febrero del año 2020 la Alcaldía de Santiago de Cali emitió la Resolución 4112.010.20.0650 donde declara la terminación del nombramiento provisional en el cargo Secretario, Código 440, Grado 5 y en el mismo acto administrativo efectuó el nombramiento en período de prueba de la señora JOHANNA ANDREA GÓMEZ MESA.

5. Enfatiza que está próxima a cumplir los 56 años, que es prepensionada y no cuenta con otro medio económico para su sostenimiento y manutención, quedando desprotegida para el cuidado de su condición médica, más aún que por su edad se hace más difícil conseguir un trabajo para proveer sus necesidades, todo agravado por la crisis social y económica provocada por la pandemia del COVID-19 que hace imposible la actividad económica independiente, esta

situación la dejó sin trabajo y sin servicio médico, está afectado su mínimo vital y limita su acceso a recursos para llevar su sustento.

6. Busca, con fundamento en los hechos antes relatados, el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados en su escrito primigenio, específicamente se ordene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, dejar sin efecto la Resolución 4112.010.20.0650 del 26 de Febrero del año 2020 proferida por la Alcaldía de SANTIAGO de Cali en la que se declara la terminación de su nombramiento provisional en el cargo de Secretario, Código 440, Grado 5 y, en consecuencia, su reintegro en un cargo igual o equivalente al que ocupaba hasta que se adquiriera el derecho a la pensión.

Una vez se verificó que la presente acción se ajusta a los lineamientos generales exigidos, fue avocado su conocimiento, se ordenó la notificación de la entidad accionada y de las vinculadas, se ordenó transcribirles interrogatorio en el oficio de notificación para que fuera absuelto por éstas, quienes ejercieron su derecho de defensa como pasa a relatarse.

GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA

Exalta que las pretensiones son un trámite administrativo de exclusivo manejo de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por lo que se encuentran inmersos en la figura de falta de legitimación en la causa por pasiva.

COLPENSIONES.

Enfatiza que no es la entidad competente para atender las inconformidades de la accionante ya que no tuvo injerencia alguna en la decisión del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA EDUCACIÓN, de finalizar su contrato laboral, por lo tanto, no es posible atribuir ningún tipo de acción u omisión en cabeza de Colpensiones que vulnere los derechos fundamentales que se encuentra reclamando la accionante en la presente. Reconocen que la accionante se encuentra afiliada a la administradora de pensiones, pero la protección que reclama en la tutela es referente a un REINTEGRO LABORAL, situación que escapa de la competencia de esta administradora.

Sobre la accionante esta se encuentra afiliada desde 02/12/2001 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y registra a la fecha 1258,57 semanas cotizadas.

Por lo anterior, al no tener legitimación alguna frente al tema y al no haber transgredido los derechos fundamentales de la accionante, solicita la desvinculación de la presente acción.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

Alude que se encuentran inmersos en la figura de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues las pretensiones están dirigidas a SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, no obstante, expone que la jurisprudencia coincide en que el sólo hecho de que una persona se encuentre en situación de especial protección no implica la reincorporación automática al cargo.

Sobre los argumentos de la accionante, es importante observar lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de prepensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando respecto a la garantía de la estabilidad laboral a favor de la población prepensionada y la sentencia T-373 de 2017, en la que la Corte se refirió a las medidas aplicables tanto a los prepensionados, como a las madres cabeza de familia y discapacitados, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles.

Así mismo informa al despacho que para el caso de la señora SUSANA PRADO, se tiene que el puntaje mínimo aprobatorio para la Prueba de Competencias Básicas era 65 y para la Prueba de Competencias Funcionales 65 puntos y la señora PRADO, obtuvo una puntuación de 50.0 puntos en la Prueba de Competencias Básicas y 51.02 puntos en la Prueba de Competencias Funcionales, en consecuencia, se tiene que la aspirante no aprobó la Prueba de Competencias Básicas y Funcionales, razón por la cual, fue excluida del Proceso de Selección No. 437 de 2017 - Valle del Cauca, por tratarse de una etapa de carácter eliminatorio.

En consecuencia, una vez agotadas las etapas del concurso se conformó la lista de elegibles para proveer 92 vacantes definitivas del empleo denominado Secretario, Código 440, Grado 5 y reiteran que, a la fecha hay elegibles con derechos mediante la 20202320007465 del 14 de enero de 2020. Respetando así el debido proceso.

MINISTERIO DE TRABAJO

Anuncia que no existe relación entre los hechos y pretensiones que señale una presunta violación a normas laborales por parte de esta Autoridad Administrativa, así como que tampoco se tenía conocimiento previo de los mismos. Resalta que al no existir una presunta vulneración de los derechos fundamentales de la actora por parte de la Dirección Territorial Valle del Cauca, este Despacho se abstiene de realizar pronunciamiento alguno sobre los hechos y pretensiones de la presente Acción de Tutela, toda vez que emitir posición o concepto, los inhibiría de conocer de la actuación administrativa que puedan surtir en esta Dirección Territorial en torno a éstos.

Informa además que la señora SUSANA PRADO no ha radicado en el Ministerio del Trabajo – Dirección Territorial Valle del Cauca solicitud de investigación administrativa en contra de la empresa accionada y por los hechos relacionados en el escrito de la presente acción de tutela. No obstante, tratándose de un asunto relacionado con derechos laborales de un servidor público, esta autoridad administrativa no es competente para conocer de los hechos denunciados en la presente acción de tutela, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1610 de 2013.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI.

Se pronuncia frente a los hechos en que se fundamenta la presente acción constitucional, Informando que la señora SUSANA PRADO participó en el concurso de méritos para el cargo denominado Secretario, Código 440, Grado 5, identificado con el Código OPEC No. 74097 (No en La Opec 54008 como ella hace referencia), del Sistema General de Carrera Administrativa de La Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017— Valle del Cauca, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para ese cargo se ofertaron

NOVENTAY DOS (92) vacantes definitivas, el número de aspirantes para dicho cargo fue de 174, teniendo como puntaje mínimo para acceder al cargo 72.81. En el listado de firmeza de Lista de Elegibles no se encontró registro alguno de la hoy Accionante, concluyendo que la accionante no superó con éxito el concurso de méritos, por lo tanto, no genera derecho alguno sobre el cargo que ocupaba; así, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, se procedió a efectuar el nombramiento en período de prueba de la señora JOHANNA ANDREA GÓMEZ MESA mediante Decreto No 4112.010.20.0650 del 26 de febrero de 2020 y, como consecuencia de lo anterior, se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora SUSANA PRADO, última que fue desvinculada el 19 de mayo de 2020 y estuvo activa hasta el 31 de mayo de 2020 al sistema general de seguridad social.

Exalta que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permiten proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, así 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 ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede, frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso de méritos".

En relación a la petición presentada e identificada con el radicado SAC 2020PQR6624 del 12 de febrero de 2020, en la que la accionante solicita el retén social como pre pensionada y sus condiciones de salud, disponiéndose que, en caso de presentarse lista de elegibles para su cargo, la administración respete su derecho al trabajo, esta petición fue atendida por la administración mediante oficio No. 202041430200054411 de fecha 28-05-2020 en la que se le informó que sus patologías (HIPERTESION ESENCIAL — PRIMARIA — TRASTORNO FOBICO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO) son de origen común y las recomendaciones médicas de carácter definitivo correspondían al 30 de septiembre del año 2010, sin documentación actualizada que permita evidenciar la evolución, tratamiento y en general su condición de salud a la fecha, como tampoco se evidencia certificación de discapacidad o calificación de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional que permitan inferir una condición de debilidad manifiesta a causa de dicho diagnóstico. Esta respuesta fue notificada al correo electrónico susan-p1964hotmail.com el día 09 de junio de 2020.

También indica que pretende que se le otorguen los beneficios propios derivados del fuero constitucional sin haber acreditado en debida forma la vulneración o puesta en riesgo inminente de sus derechos fundamentales o el perjuicio irremediable, cuando la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero. Finalmente, es necesario manifestar que las pretensiones esbozadas por la accionante cuentan con un escenario natural que le brinda las garantías necesarias para obtener la garantía del derecho reclamado; el cual además resulta idóneo y eficaz, esto es la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Finalmente, solicita conforme a las consideraciones esbozadas, se sirva declarar la

IMPROCEDENCIA de La acción de tutela que nos ocupa, como quiera que a la fecha no existe violación a derecho fundamental alguno del cual sea titular la Señora SUSANA PRADO y que sea imputable a La Secretaría de Educación de Santiago de Cali.

En atención a **las preguntas planteadas** la accionada informó:

- Para el cargo Secretario 440 grado 5 fueron ofertados 92 cargos mediante la Convocatoria No. 437 de 2017.
- La lista de elegibles fue conformada por 178 personas la cual fue establecida con la Resolución No: CNSC- 20202320007465 DEL 14-01-2020.
- El día 11/02/2020 tomo firmeza individual la lista de elegibles con 56 personas, mediante Resolución No: CNSC- 20202320007465. A la fecha, han tomado posesión del cargo 42 personas.
- ¿Cuántos cargos para SECRETARIO Código 440 grado 5 están ocupados en provisionalidad en el municipio de Santiago de Cali? Informó que la Secretaría de Educación Municipal no tiene acceso a la información de los cargos de la planta global de cargos del Municipio de Santiago de Cali, no obstante, se corrió traslado al Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional de la Alcaldía de Santiago de Cali para que nos aporte dicha información.
- La información reportada al sistema general de pensiones, evidencia un total de 1352 semanas en aportes correspondientes al periodo comprendido desde 14 de abril de 1994 hasta el 19 de mayo de 2020. Esto sin tener en cuenta periodos registrados de vinculaciones diferentes a las de la Secretaría de Educación municipal.
- En la planta de cargos de la Secretaría de Educación financiado con recursos del SGP aprobada por el MEN. Se precisa que en relación a los cargos equivalentes de conformidad a lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, no existen vacantes definitivas disponibles para cargos equivalentes al denominado secretario, Código 440, Grado 5 que no han sido provistos mediante concurso de mérito.
- La liquidación de la accionante al momento de LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL fue \$5.671.170.

JOHANNA ANDREA GÓMEZ MESA, fue notificada en debida forma y guardó silencio.

VII. GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Procedencia

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86 dispuso como mecanismo Institucional la Acción de Tutela, la cual fue reglamentada por el legislador mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, estableciendo, entre otros derechos, que toda persona puede solicitar ante la autoridad competente la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos establecidos en la ley, sin excluir por fuerza constitucional los consagrados como derechos de los menores, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y acogidos por la Ley Colombiana. De ahí que el artículo 2º del decreto inicialmente citado, establece que cuando la Acción de Tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución Nacional como fundamental, pero que cuya naturaleza permita su tutela, para casos en concreto, la Corte Constitucional le dará prelación a la revisión de esta decisión.

Lo anterior quiere decir que este mecanismo constitucional no se predica como un nuevo arbitrio procesal, de jerarquía extraordinaria, ni de preferente escogencia por quien la invoque, pues no puede ser convertida en un instrumento paralelo a las vías de protección fijadas en la ley. Por su esencia y fundamento la Acción de Tutela es prevalente y tiene la fisonomía característica de solución o cura para la efectividad en la protección de un derecho constitucional, considerada excepcional porque únicamente es procedente ante la evidencia cierta de una restricción arbitraria de las libertades reconocidas por la Constitución o bien de la existencia de una amenaza inminente y grave de que en el futuro esa restricción se producirá de no mediar la tutela.

Se trata entonces de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces de la República, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal, con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata por parte del Estado de sus derechos fundamentales, en un caso en particular, consideradas las circunstancias específicas en que se encuentre y en las que se produjo la amenaza o vulneración, y a falta de otros medios, buscando que se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebrantos o amenazas a tales derechos. De esta manera se logra cumplir uno de los fines esenciales del Estado (C.P. Art. 2º.) consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna.

Legitimación de las partes

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Por su parte, la accionada es una persona jurídica, concretamente una entidad pública, por ello está legitimada en la causa por pasiva en este procedimiento. Las vinculadas eventualmente podrían ver afectados sus intereses con las resultas del presente trámite, por lo cual también está legitimadas por pasiva.

Competencia

Este despacho tiene la competencia para tramitar y fallar la acción incoada, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 en el cual se asigna su conocimiento a todos los Jueces de la República sin determinar competencia territorial de manera exclusiva, salvo el lugar donde ocurre la vulneración del Derecho. Es pues el Decreto 1983 de 2017 que asigna a los Jueces con categoría municipal el reparto de las tutelas dirigidas contra particulares.

Pruebas obrantes en el expediente.

- A la acción de tutela se anexaron:
 - Acta de posesión No. 2546 de marzo 2 de 1994 expedido por la Gobernación del Valle – Secretaría de Educación Departamental
 - Acta de Posesión No. 2534 el 31 de Diciembre de 2003 expedido por la Alcaldía de Santiago de Cali - Dirección de Desarrollo Administrativo.
 - Certificado Laboral con fecha de inclusión al sector público expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali del 3 de diciembre de 2019
 - Copia de Cédula de Ciudadanía.
 - Resolución 4112.010.20.0650 del 26 de febrero del año 2020 expedido por la Alcaldía de Santiago de Cali.
 - Historia laboral expedida por Colpensiones.

- Sentencia del JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL GUADALAJARA DE BUGA – VALLE DEL CAUCA 28 de abril de 2020 Con radicación: 76-111-40-03-002-2020-00000-00
 - Sentencia de Segunda Instancia del 16 de enero de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con Radicación: 76-00133-33-003-2019-00275-01
 - Sentencia T-046 de 13 de marzo de 2020 del Juzgado Quinto Civil Municipal de Ejecución de Sentencia de Cali de María Claudia Ríos, de primera instancia.
 - Sentencia de Segunda Instancia No. 109 JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI de María Claudia Ríos.
- COLPENSIONES:
- Certificación de oficialicen
 - Reporte de historia laboral de la afiliada SUSANA PRADO.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI se anexó:
- Notificación de la vinculada JOHANNA ANDREA GÓMEZ MESA
 - Atención Derecha de petición SAC N° 2020PQR
 - Liquidación de la accionante
- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC se anexó:
- Resolución No. 4411 de 10 de marzo de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
 - Resolución No. 20202320007465 del 14 de enero de 2020 "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer NOVENTA Y DOS (92) vacantes definitivas del empleo, denominado Secretario, Código 440, Grado 5, identificado con el Código OPEC No. 74097, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca"
 - Resolución No. 5936 del 08 de mayo de 2020.
 - Reporte de Inscripción

VIII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema planteado consiste en determinar si efectivamente la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI vulneró los derechos invocados, en especial el derecho fundamental a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA de la accionante en calidad de prepensionada, a quien se dio por terminado el nombramiento provisional por aplicabilidad de la lista de elegibles para el cargo que desempeñaba.

IX. CONSIDERACIONES

Así las cosas y en orden a enfocar la presente acción constitucional, indudablemente es necesario estudiar de fondo lo siguiente: **i)** La procedibilidad excepcional de la acción de tutela para garantizar la estabilidad laboral reforzada **ii)** Determinar si la accionante cumple con los requisitos para ser considerada prepensionable

Sentencia SU691/17

DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL-Reiteración de jurisprudencia

Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como "un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna".

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A SERVIDORES PUBLICOS DE SUS CARGOS-Procedencia excepcional

Los servidores públicos retirados de su cargo, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Lo anterior, por cuanto en cumplimiento del requisito de subsidiariedad, los empleados que pretendan se deje sin efectos el acto administrativo de desvinculación deben acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, antes que a la acción de tutela. Sin perjuicio de lo expuesto, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente como mecanismo definitivo si el otro mecanismo judicial no es idóneo y/o eficaz para el caso concreto, o como mecanismo transitorio cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(...)

DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS-Situaciones que deben ser tenidas en cuenta cuando servidor ostenta la calidad de mujer cabeza de familia

Cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación: 1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia. 2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera (subrayas de este despacho).

La Corte Constitucional ha establecido la necesidad de proteger a los tres grupos de población de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 (prepensionados, mujeres cabeza de familia y personas en condición de discapacidad), no solamente en los procesos de renovación y reestructuración de la administración pública, sino en general, frente a cualquier circunstancia que amenace la estabilidad laboral. Sin embargo, a juicio de la entidad accionada, la misma Corte ha sido enfática en establecer que dichas medidas deben ir dirigidas a lograr que quienes estén incluidos en dichos grupos sean las últimas personas en desvincularse, lo que no implica su permanencia indefinida

(...)

El riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital

1. A continuación, la Sala Plena expone las características que la jurisprudencia constitucional ha establecido acerca del riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital.

Al respecto, ha dicho este tribunal que el perjuicio irremediable se caracteriza por

(i) *la inminencia del daño*, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales¹. (Subrayado del despacho)

2. Al respecto, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo² o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado³.

Por lo general, en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno del derecho al mínimo vital.

3. Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como *“un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, **esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho**. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”*⁴ (negritas no originales).

(...)

Visto lo anterior, para la Sala Plena de la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros

¹ Ver sentencia T-309/10.

² Al respecto consultar las sentencias T-229/06, T-935/06, T-376/07, T-529/07, T-607/07, T-652/07, T-762/08 y T-881/10 y T-716/13.

³ Ver sentencia T-881/10.

⁴ Sentencia T-184/09.

(...)

Cargo ocupado en provisionalidad

Para la Corte Constitucional, resulta relevante el hecho de que los cargos que ocupaban los accionantes estaban asignados en provisionalidad. En este sentido, la Corte ha reiterado que la desvinculación de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad debía estar motivada "en una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos". En tal virtud, los accionantes teniendo conocimiento de la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante fallo C-101 del 28 de febrero de 2013, han debido prever su posible desvinculación

No obstante, **dicha estabilidad laboral reforzada no constituye una protección absoluta ni automática, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral especial o reforzada, siempre y cuando se verifiquen circunstancias particulares tales como el retén social o una afectación al mínimo vital. (Subrayado del despacho)**

(...)

4. A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas: En primer lugar, **las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.**

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, **puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra**⁵.

Sentencia SU003/18

PREPENSIONADO-Alcance del concepto

Acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el

⁵ Ver sentencias C-174/04, T-081/05, T-162/10 y T-803/13, entre otras.

Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

CASO CONCRETO

De acuerdo con los antecedentes esbozados para determinar la procedencia o no de la tutela, se tendrán en cuenta los siguientes presupuestos: **(i)** que el peticionario goce de estabilidad laboral; **(ii)** El mérito como eje definitorio de la identidad de la constitución **(iii)** Que no cuente con otro mecanismo de defensa eficaz.

Que la peticionaria goce de estabilidad laboral.

La peticionaria expone que goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionable y hace alusión a su salud. Sobre su condición de prepensionable afirma que tiene 55 años y cuenta con un total de 1258,57 semanas cotizadas según historia laboral allegada por Colpensiones al 11 de junio de 2020, sobre lo que se precisa que a los afiliados al Régimen de prima media para adquirir el derecho se les exige haber cumplido los hombres 62 años y las mujeres 57 años, habiendo cotizado mínimo 1.300 semanas, según el lineamiento de la Sentencia SU003/18 se tiene por acreditada la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, **que están próximas (dentro de los 3 años siguientes)** a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión. En el caso de la señora SUSANA PRADO le falta 42 semanas por cotizar y 14 meses para cumplir los 57 años y así adquirir el derecho, es decir, el término es inferior a tres años.

Es decir, en el caso bajo estudio, la accionante goza de estabilidad laboral por su condición de pre pensionada, no se efectuará un desarrollo en relación a la estabilidad laboral en relación a su estado de salud por cuanto de esto no se aportó prueba a la acción de tutela y la accionada la controvertió afirmando que sus patologías (HIPERTESION ESENCIAL — PRIMARIA — TRASTORNO FOBICO DE ANSIEDAD NO ESPECIFICADO) son de origen común y las recomendaciones médicas de carácter definitivo correspondían al 30 de septiembre del año 2010, sin documentación actualizada que permita evidenciar la evolución, tratamiento y en general su condición de salud a la fecha.

Pese a lo anterior, debe recordarse que el artículo 125 de la Constitución establece **el mérito** como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, pretendiendo que el Estado pueda "*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación, garanticen cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*"⁶. En estos términos, la misma Constitución establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público⁷.

(...)

⁶ Sentencia SU-086/99.

⁷ Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410/92, C-479/92, T-515/93, T-181/96, C-126/96, C-063/97, C-522/95, C-753/08 y C-588/09, entre otras.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que “la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”⁸, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

Entendiendo lo anterior, la desvinculación de servidores públicos provisionales con estabilidad laboral reforzada con ocasión de un concurso de méritos ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de parte de la Corte Constitucional⁹.

A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

1) Las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

2) A juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

3) Cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las personas en condición de prepensionados, **puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera** o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra¹⁰. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. 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 los servidores públicos en provisionalidad, 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.

Para el caso de marras, la desvinculación de la accionante se dio en ocasión a la provisión de los empleos del Proceso de Selección 437 de 2017 - Valle del Cauca de conformidad a lo instruido por la Comisión Nacional del servicio Civil en relación

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, considerando 6.1.1.3, página 73.

⁹ En la sentencia T-317/17, la Corte reiteró el tema sobre la *provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las mujeres cabeza de familia*. En este sentido, aclaró que “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”. Así las cosas, cuando los cargos en provisionalidad son ocupados por sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia, “surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarles un trato preferencial como medida de acción afirmativa”.

¹⁰ Ver sentencias C-174/04, T-081/05, T-162/10 y T-803/13, entre otras.

a la aplicabilidad de la lista de elegibles, lo cual no desconoce sus derechos fundamentales, puesto que la misma estuvo sustentada en una causal objetiva y razonable.

Sin embargo, cabe recordarse que cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta estabilidad, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público con estabilidad.

Sobre esta situación la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI mediante su contestación informa que fueron ofertados 92 cargos mediante la Convocatoria No. 437 de 2017, la lista de elegibles fue conformada por 178 personas la cual fue establecida con Resolución No: CNSC- 20202320007465 DEL 14-01-2020 y el 11/02/2020 tomo firmeza individual la lista de elegibles con 56 personas, mediante Resolución No: CNSC-20202320007465. Tomada posesión a la fecha de cargo 42 personas.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.

Frente a lo cual la accionada aseguró en su contestación que realizó todas las acciones para salvaguardar los Derechos Fundamentales de la Tutelante, como que la desvinculación se realizó en el mayor tiempo posible, solo hasta cuando fue inaplazable la provisión del cargo que obtuvo el derecho de carrera a través de la Convocatoria Pública 437 de 2017.

Para finalizar, es de suma importancia puntualizar a la luz de la línea trazada por la sentencia SU691/17 lo siguiente: (i) la protección a las madres cabeza de familia y/o prepensionables a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta pues depende de factores como (ii) que el accionado cuente con margen de maniobra, toda vez que (iii) no es posible desplazar a quien legítimamente ganó el derecho en el concurso a ocupar el cargo de carrera administrativa, por quien lo ocupa en provisionalidad, así esté en condición de prepensionado o sea madre cabeza de familia, (iv) tampoco es posible desvincular a un servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad para ubicar a la accionante, quien también es provisional, (v) los concursantes en la lista de elegibles que se está aplicando tiene mejor derecho que la accionante razones todas estas que llevan a concluir que, si bien estamos ante el caso de una mujer que debe gozar de estabilidad laboral, no se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales para tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenar su reintegro, dado que la entidad, según manifestó al absolver la prueba de oficio, no cuenta con margen de maniobra para nombrarla en un cargo igual o similar a aquel que ocupaba y la retiró del cargo solo cuando ya fue inaplazable por el inminente nombramiento de quien ganó el concurso de méritos para ocupar el cargo, por lo cual, no queda otro camino que negar por improcedente el amparo tutelar deprecado.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE CALI**, Valle, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela propuesta por la señora SUSANA PRADO, dentro de la presente acción constitucional promovida en contra de SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTIAGO DE CALI - ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, ALCALDLA, por las razones de orden legal y jurisprudencial expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz, con la advertencia de que podrá ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

TERCERO: En caso de no ser impugnada esta decisión, por secretaría REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE


DIANA MARÍA LOPEZ AGUIRRE.
Jueza

JUZGADO 1 CIVIL MUNICIPAL
SECRETARIA

En Estado No. **058** de hoy se notifica a las partes el auto anterior.

Fecha: 19 de julio de 2020

Secretaria