

*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Cuarto Civil del Circuito de
Oralidad de Barranquilla
Centro Cívico - Piso 8*



RAD. 08001418901520200062101
ACCION DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: NORA LEONOR SOCARRAS BONILLA.
ACCIONADO: ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

BARRANQUILLA, MARZO UNO (01) DEL DOS MIL VEINTIUNO (2021).

ASUNTO A TRATAR

Procede este despacho a decidir el recurso de impugnación interpuesto por la accionante contra el fallo de tutela de fecha 21 de enero de 2021, proferido por el Juzgado Quince De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Barranquilla, dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

Manifiesta la accionante que fue contratada por la Alcaldía Distrital de Barranquilla, desde el año 2004, y que el 15 de diciembre de 2006, la accionada la hizo firmar un contrato individual de trabajo para desempeñar el cargo de “celador de instituciones educativas del Distrito”, el cual se denomina hoy “auxiliar administrativo”.

Expone que, en el 2009, fue desvinculada y declarada insubsistente, sin embargo, por su condición de madre cabeza de hogar, desplazada, víctima de la violencia, y con una hija discapacitada múltiple, solicitó a Secretaria de Gestión de Talento Humano en la Alcaldía de Barranquilla el reintegro a su cargo, solicitud que fue atendida resolviendo acceder al reintegro laboral y así le fue comunicado el 15 de abril de 2009.

Indica que, mediante comunicado de febrero de 2011, le manifiestan que fue nombrada en provisionalidad en la planta Global de personal, en el cargo de “auxiliar administrativo código 407 – 2”, es decir, como vigilante en un colegio del Distrito.

Agrega que, mediante resolución N° 3801 de 2020, la Alcaldía sin tener en cuenta la condición de persona con especial protección y estabilidad laboral reforzada, fue declarada insubsistente y nombró a la señora SUSANA DE JESUÚS OLACIREGUI VASQUÉZ, en el puesto que venía ocupando desde el año 2006, siendo comunicada esta actuación el 29 de octubre de 2020, a través de la resolución N° 3901 de 2020.

Arguye que, en su condición de mujer cabeza de hogar, desplazada por la violencia en compañía de su esposo, quien fue secuestrado y desaparecido en noviembre de 1997 y la discapacidad de su hija, quien es su dependiente económica y de sus cuidados, le fue comunicado a la Alcaldía de Barranquilla, siendo que por esa razón fue reintegrada a sus labores en el 2009. Por lo cual invoca, que con esta nueva declaratoria de insubsistencia, se le pone a ella y a su hija en indefensión manifiesta.

Agrega que, durante los ya casi 16 años en el cargo, no ha sido inferior a sus funciones y nunca se le ha llamado la atención y que no encuentra un mecanismo rápido y efectivo para la restitución de sus derechos.

PRETENSION

Solicita, se restablezcan sus derechos constitucionales al debido proceso, al mínimo vital e igualdad, derecho al trabajo, derecho a la protección laboral especial reforzada de las madres y padres cabeza de familia, sin alternativa económica y a la protección de los derechos fundamentales de las personas en estado de discapacidad manifiesta de su hija quien depende económicamente de ella y de los cuidados personales que debe darle de por vida y a la alimentación equilibrada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Barranquilla, a través de fallo de tutela con fecha 21 de enero de 2021, decidió en primera instancia, Declarar IMPROCEDENTE el resguardo tutelar formulado por la señora NORA LEONOR SOCARRAS BONILLA, de acuerdo con las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante en su escrito de impugnación solicita que sea revisada la decisión de primera instancia, por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia congruente, teniendo en cuenta que:

No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho en el examen y consideración de su petición. Manifiesta que; el A-quo se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley y se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas.

Incurriendo el fallador en un error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta insignificante a las pretensiones del accionante, por errónea interpretación de sus principios improcedencia de la tutela. Presume con contrariedad que el señor juez no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte del empleador en el sentido de tener un reten social especial por su edad, una hija discapacitada, pre pensión y en estado de vulnerabilidad manifiesta. Tal como lo narro en los hechos de la acción constitucional.

Indica que, el distrito reconsiderando una posición igual que a la de hoy, en cuanto a la declaratoria de insubsistencia del cargo que en provisionalidad venia desempeñando, le reconocieron la condición del amparo laboral reforzado sin necesidad de una acción constitucional.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA.

El artículo 86 de la carta Política consagra “que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario por si misma o por quien actué a su nombre la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública.”

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

PROBLEMA JURÍDICO. –

Se trata en esta oportunidad de establecer si debe revocarse o no el fallo de primera instancia proferido en fecha 21 de enero de 2021, por el Juzgado Quince De Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple De Barranquilla, para lo cual deberá analizarse si en este caso hubo vulneración a los derechos alegados por la accionante.

La presente acción se impulsó debido a que la accionante considera que la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, esta vulnerando sus derechos constitucionales al debido

proceso, al mínimo vital e igualdad, derecho al trabajo, derecho a la protección laboral especial reforzada de las madres y padres cabeza de familia, sin alternativa económica y a la protección de los derechos fundamentales de las personas en estado de discapacidad manifiesta.

Sobre La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados. Reiteración de jurisprudencia. La Corte Constitucional ha señalado mediante sentencia T-373/17

En varias oportunidades esa Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.^[30] En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, 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.^[31]

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esa Corte, que, si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia,^[32] quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.^[33]

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. *“La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**”.*^[34]

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) 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 (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 *ibídem*), 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.¹³

Ahora, en cuanto a la acción de amparo referente la protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. el mérito como eje definitorio de la identidad de la constitución. La Corte precisó en sentencia SU-691 de 2017.

La protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación. Para el caso que nos ocupa la justa causa analizada será el nombramiento de propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.

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”*. En estos términos, la misma Constitución establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público.

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 Constitucional.

En la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional conoció el caso de varios servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación desvinculados de sus cargos con ocasión de un concurso de méritos surtido al interior de la entidad. En esa oportunidad la Corte Constitucional consideró que:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[266], 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[267]**. 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”* (negritas fuera del texto original).

Referente al 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”.

CASO CONCRETO.

En este caso como arriba se indicó, la accionante manifiesta que la ALACLDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, está vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso, al mínimo vital e igualdad, derecho al trabajo, derecho a la protección laboral especial reforzada de las madres y padres cabeza de familia, sin alternativa económica y a la protección de los derechos fundamentales de las personas en estado de discapacidad manifiesta, declarándola insubsistente en el cargo que venía desarrollando como “celador de instituciones educativas del distrito” el cual se denomina hoy “auxiliar administrativo, por lo que solicita se ordene su reintegro inmediatamente al cargo que venía ocupando de auxiliar administrativo grado 407 código 02, o en otro igual o de mayor categoría de la actual planta de personal de la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, u otra del orden de la misma.

Además, que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones y demás emolumentos que dejó de percibir desde la fecha en la que fue desvinculada y hasta el momento en que sea reincorporada.

La accionada manifestó que no es cierto que se hayan conculcado los derechos de la accionante y que, muy por el contrario, se ha velado por la salvaguarda de los mismos. Que fue desvinculada del cargo en provisionalidad que venía desempeñando, en cumplimiento del mandato constitucional de preservar por mérito el empleo en carrera administrativa, teniendo ella la oportunidad de concursar junto a los demás ciudadanos, a fin de conseguir una vinculación en un cargo en propiedad. Por lo que señala, no existe perjuicio irremediable al no venir éste probado, más si la interesada cuenta con otra vía para dirimir la problemática frente a quien conquistó el derecho a ocupar la vacante sometida a concurso.

Por otra parte el a-quo en primera instancia declara la improcedencia al resguardo tutelar formulado por la señora NORA LEONOR SOCARRAS BONILLA, al considerar que esta controversia corresponde ser dirimido por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues desde tal perspectiva la acción constitucional intentada, resulta improcedente no solo por la naturaleza residual y subsidiaria que le es propia, sino porque el ordenamiento jurídico le ofrece en tal escenario a la accionante, esas acciones y mecanismos idóneos para debatir el tema de fondo planteado, así como la carencia acreditativa de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues el simple hecho de ser pre pensionable no concurre a ello, a la vez que la condición de madre cabeza de familia, como ya se explicó, no concurre a esa posibilidad concreta. Sin dejarse de lado que, en todo caso, la competencia para resolver dicho asunto, se encuentra atribuida al juez natural.

La Corte Constitucional ha señalado mediante sentencia T-360/17 Criterios generales de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular cuando se pretende el reintegro a cargos públicos

Por regla general, este Tribunal ha sostenido que no procede la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular^[68] con el fin de solicitar el reintegro a un cargo público, puesto que existen medios judiciales alternativos, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho^[69] en lo contencioso administrativo^[70].

A pesar de esta regla general, la Corte ha sostenido que *excepcionalmente*^[71] la acción de tutela procede contra actos administrativos cuya finalidad sea solicitar el reintegro del cargo (i) como mecanismo *directo* cuando el mecanismo alternativo se torna ineficaz o inidóneo para proteger los derechos del accionante, máxime si el retiro del trabajo tiene como consecuencia directa generar una afectación al mínimo vital que exija un amparo preferente y definitivo o (ii) como mecanismo *transitorio* cuando exista la amenaza de la existencia de un perjuicio irremediable que sea inminente, grave y que exija medidas urgentes e impostergables^[72].

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.

La flexibilidad que trae la Ley 1437 de 2011 para adoptar cualquier medida cautelar necesaria para la protección o conservación del derecho ha facultado a los jueces administrativos para que examinen la necesidad de la medida, incluso de manera autónoma y previa a la interposición de la demanda. Esto significa que cuando existe urgencia, ni siquiera se requiere haber interpuesto la acción de fondo para solicitar la medida cautelar. Lo anterior, junto con la posibilidad que tiene el juez administrativo de decretar medidas de urgencia sin que sea necesaria la notificación y el pronunciamiento de la otra parte, ha intensificado la eficacia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para proteger de manera adecuada los derechos fundamentales.

En este caso en particular la tutela se torna improcedente de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia. Estando en presencia de un procedimiento administrativo, los actos administrativos expedidos son controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, siendo el mecanismo ordinario de defensa ofrecido por la ley al tutelante la respectiva acción contenciosa administrativa.-

Por lo tanto, no se ha acreditado en este caso que esas acciones contenciosas no ofrezcan una protección cierta, efectiva y concreta del derecho. Como tampoco se ha alegado, mucho menos probado, la existencia de un perjuicio irremediable.-

En lo que hace a la protección reforzada que deviene de la condición de sujeto de especial protección, concretamente la de mujer cabeza de familia con hijo discapacitado a cargo, debe decirse que no se cumplió con la carga de demostrar esa condición, es decir la de madre cabeza de familia. Es así que en la sentencia SU 691 de 2017, con cita de otra sentencia similar, se ponen de presente los presupuestos de esta figura:

“80.- Ahora bien, la jurisprudencia constitucional (SU-388/05) ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de certificar la calidad de mujer cabeza de familia, así:

*“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) **que esa responsabilidad sea de carácter permanente;** (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, **la muerte;** (v) **por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”.*

1. 81.- Adicionalmente, la Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto. (Subrayas del juzgado)

Lo primero que debe decirse es que de la declaración ante notario rendida por la tutelante, no se puede dar por probada la condición de madre cabeza de familia, pues así lo expresa

inequívocamente la sentencia en cita. Lo esencial en esto es que se acredite la existencia de los presupuestos fácticos, es decir la realidad de la persona que alega esa condición.

La tutelante acredita que cuenta con una hija discapacitada, sin embargo se echa de menos prueba de la responsabilidad PERMANENTE a su cargo de esa hija. De igual manera se echa de menos la probanza de la ausencia de su esposo por muerte, ya que la misma no se acreditó. Finalmente, no se acreditó. “... una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar ...”.-

Se ve pues que no estaban dadas las condiciones para considerar a la accionante como su-jeto de especial protección. Por tal motivo, este despacho toma la decisión de confirmar el fallo del a-quo..

Con base en las consideraciones expuestas, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia de tutela de fecha 21 de enero de 2021 emitido por el JUZGADO QUINCE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR la presente acción de tutela a la CORTE CONSTITUCIONAL, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:

**JAVIER VELASQUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 CIVIL DEL CIRCUITO BARRANQUILLA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c8b67c0eea91b74b33cfb07c4667916e1739f25e05ae7f6fca037320bd5e1aac
Documento generado en 01/03/2021 04:14:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>