

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veintiuno. (2021).

Expediente No.: 110013342-046-2019-00246-00
DEMANDANTE: MARTHA ROSA ALDANA CHAVES
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –
ICBF

ASUNTO

Procede el despacho a pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra el auto de 27 de agosto de la presente anualidad, que negó la medida cautelar.

Del recurso de reposición

Aduce la apoderada que según lo señalado por la Corte Constitucional, cuando un funcionario que ocupa un cargo de carrera bajo un nombramiento en provisionalidad y demuestra una condición de sujeto de especial protección, genera una relación de permanencia en el cargo como garantía de sus derechos fundamentales, por tanto, al ser este el caso de su poderdante, considerada una persona de especial protección por fuero de salud, la entidad debió disponer medidas tendientes a no lesionar los derechos de su representada.

Aduce que dejar en firme los efectos del acto administrativo y no decretarse la medida cautelar se deja desprovista a la demandante de poder continuar con su esquema de salud a efectos de validar la recuperación de su salud y adicional el poder contar con su mínimo vital.

I. CONSIDERACIONES

En lo atinente al recurso de reposición contra las providencias, el artículo 242 del CPACA prevé:

“ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. <Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su

oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.”

Ahora bien, el artículo 318 del CGP Dispone:

“ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES. *Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.*

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. *Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.*

Respecto del trámite el mismo estatuto señala:

ARTÍCULO 319. TRÁMITE. *El recurso de reposición se decidirá en la audiencia, previo traslado en ella a la parte contraria.*

Cuando sea procedente formularlo por escrito, se resolverá previo traslado a la parte contraria por tres (3) días como lo prevé el artículo 110..”

De conformidad con lo establecido en el artículo 318 del CGP, observa el despacho que la parte demandante interpuso y sustentó dentro del término legal establecido el recurso de reposición, razón por la cual, se efectuará el análisis de fondo sobre los argumentos de la recurrente.

La recurrente sustenta su recurso en que, cuando un funcionario que ocupa un cargo de carrera bajo un nombramiento provisional, y demuestra una condición de sujeto de especial protección, genera una relación de permanencia en el cargo como garantía de sus derechos fundamentales y debido proceso, igualdad, mínimo vital y acceso a los servicios de salud, esto de conformidad lo estableció la Sentencia T-186 de 2013 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Bajo este criterio, se ha decantado que, la Entidad en casos como este, cuando la plaza que ocupa el funcionario en provisionalidad debe ser provista con una persona que gano el concurso de méritos, deberá dar un trato preferencial y/o prever mecanismos para garantizar que las personas que hacen parte de los diferentes fueros a saber; 1) madres y padres cabeza de familia; 2) personas próximas a pensionarse y 3) personas en situación de discapacidad o fuero de salud; fueran las últimas en ser desvinculadas, ya que si bien es cierto el cargo que ocupan en provisionalidad no les genera un derecho indefinido en el tiempo a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, debiendo la Entidad disponer medidas tendientes a no lesionar derechos de personas con condiciones de debilidad manifiesta, lo cual es norma constitucional de acuerdo con lo establecido en el Art. 13 de la Constitución Política.

Agrega que en virtud de los fallos de tutela impetrados por mi mandante al momento de ser desvinculada por la Entidad, y en acatamiento a ellos, dispuso que al revisar la planta de personal del ICBF, existe una vacante correspondiente al Empleo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (15830) en le C.Z. Kennedy de la Regional Bogotá, en la cual fue nombrada provisionalmente mi representada, hecho que configura que la Entidad cuenta con las medidas tendientes a garantizar la estabilidad laboral reforzada de la demandante en el entendido de ser poder ser desvinculada en últimas instancias, cuando ya no exista vacante alguna a proveer en un cargo de carrera; por lo tanto, al dejar en firme los efectos del acta administrativo y no decretarse la medida cautelar se deja desprovista a la demandante de poder continuar con su esquema de salud a efectos de validar la recuperación de su salud y adicional el poder contar con su mínimo vital, toda vez que para el caso en estudio se tiene que mi representada fue calificada con una PCL del 16.98%, calificación que para la Corte Constitucional ha de entenderse que la persona con una calificación de más del 15% de PCL, se encuentra cobijada sin lugar a dudas por la Estabilidad Laboral Reforzada contenida en la Ley 361 de 1997.

El Despacho advierte que no repondrá la decisión contenida en el auto del 27 de agosto de la presente anualidad, manteniendo el criterio expuesto en dicho proveído, pues tal y como se evidenció, si bien la demandante antes de ser desvinculada de la entidad, se encontraba con una pérdida de la capacidad laboral del 16.86%, y que la entidad tenía pleno conocimiento de dicha situación especial, conlleva a establecer que goza de una estabilidad laboral reforzada, de la cual son

beneficiarios los funcionarios públicos en provisionalidad que sufren de un estado grave de salud.

*El derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) **a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos** y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con **la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva**, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”¹*

A lo anterior se agrega que cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado **hasta que no se constituya una justa causa**, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

A lo anterior debe agregarse que en este caso si bien existe una estabilidad laboral reforzada por las condiciones de salud de la persona nombrada en provisionalidad, caso de la demandante, también lo es, que se debe verificar la configuración **de una causal objetiva que conlleva la desvinculación del mismo**, y que se funda en el mérito, lo que implica la salvaguarda a los derechos de carrera administrativa como mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos.

Igualmente, se recuerda que la vinculación de un servidor público designado en provisionalidad en situación de debilidad manifiesta, en la entidad es de carácter transitorio, pues no puede dársele el título de permanente, dada su naturaleza, comoquiera que por regla constitucional quien ostenta mejor derecho frente a un cargo, es el empleado que haya superado el concurso de méritos y encabece la lista de elegibles.

Por tanto, al haberse verificado que la entidad no contaba con mecanismo alguno que permitiera conseguir que la demandante siguiera ostentado el cargo de Defensor de Familia 2125-17, pues según se observó la lista de elegibles para dicho

¹ Sentencia T-320/16

empleo quedó conformada por 251 personas, superando el número de vacantes ofertadas.

En este orden, no hay lugar a concluir que, con la expedición del acto administrativo demandado, se le esté ocasionando un perjuicio a la parte demandante, pues si bien es cierto, señala la supuesta vulneración de las normas superiores, no es posible darle prevalencia a la persona nombrada en provisionalidad sobre aquella que aprobó el concurso de méritos, más cuando el número de elegibles superó el número de vacantes ofertadas. Razón suficiente para confirmar la providencia recurrida.

Así las cosas, dado que la parte demandante presentó en subsidio el recurso de apelación contra el proveído objeto de estudio, el mismo será concedido en el efecto devolutivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 243 del CPACA que a su tenor literal dispone:

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
- 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
- 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*
- 4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*
- 5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*

(...)

PARÁGRAFO 1º. *El recurso de apelación contra las sentencias y las providencias listadas en los numerales 1 a 4 de este artículo se concederá en el efecto suspensivo. La apelación de las demás providencias se surtirá en el efecto devolutivo, salvo norma expresa en contrario. (...)*

Con relación al trámite el art 244 idem señala lo siguiente:

ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. <Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021. El

nuevo texto es el siguiente:> *La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

1. La apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda total o parcialmente a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar el nuevo auto, si fuere susceptible de este recurso.

2. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente a continuación de su notificación en estrados o de la del auto que niega total o parcialmente la reposición. De inmediato, el juez o magistrado dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales, con el fin de que se pronuncien, y a continuación, resolverá si lo concede o no, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

3. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito ante quien lo profirió, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación o a la del auto que niega total o parcialmente la reposición. En el medio de control electoral, este término será de dos (2) días.

De la sustentación se dará traslado por secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Los términos serán comunes si ambas partes apelaron. Este traslado no procederá cuando se apele el auto que rechaza la demanda o niega total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.

Surtido el traslado, el secretario pasará el expediente a despacho y el juez o magistrado ponente concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

4. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

Siendo entonces procedente el recurso de apelación interpuesto, habrá de concederse para ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección segunda, en el efecto devolutivo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección Segunda:

RESUELVE

PRIMERO. NO REPONER el auto de 27 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. CONCEDER en el efecto devolutivo el recurso de apelación contra el auto del 27 de agosto de 2021 que denegó el decreto de la medida cautelar.

TERCERO. Ejecutoriado y en firme el presente proveído, por Secretaría envíese al Tribunal Administrativo de Cundinamarca copia digital de las siguientes piezas procesales: demanda, escrito de la medida cautelar, contestación al escrito de

Expediente No.: 110013342-046-2019-00246-00
DEMANDANTE: MARTHA ROSA ALDANA CHAVES
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

medida cautelar y del auto de fecha 27 de agosto de 2021, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE

**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
JUEZ**

Firmado Por:

**Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 046
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:

**98c07885fe3c76a3c4adf301b5e92d3e03ee05b8b27b373328744551
760deb48**

Documento generado en 15/10/2021 06:05:14 a. m.

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