



REPUBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO

Bucaramanga, dieciocho de diciembre de dos mil veinte

Provee el Juzgado en relación con la Acción de Tutela interpuesta por JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA identificado con cédula de ciudadanía N° 13700607 quien actúa a través de apoderado judicial en contra del DEPARTAMENTO DE SANTANDER y LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, siendo vinculado en calidad de accionantes a la comunidad en general que tenga interés en la presente acción de tutela, así como a cada una de las personas nombradas en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa para desempeñar el empleo de OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL código 487 grado 2 de la planta de empleos administrativos para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Santander, relacionados en el decreto 772 de 13 de noviembre de 2020 con el propósito de dictar sentencia.

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Los hechos que a juicio de la parte actora han dado lugar a la formulación de la acción constitucional de la referencia son del siguiente tenor:

- Que el señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA es una persona de 54 años de edad, que labora en el INSTITUTO TECNICO JOSE RUEDA del Municipio del Palmar Santander, como empleado público de la planta global de la Gobernación de Santander, desempeñado el cargo de servicios generales auxiliares.
- Señala que desde hace más de 8 años viene presentando problemas de salud, lo que conllevó a incapacidades médicas que fueron puestas en conocimiento del empleador, sin que se adoptara procedimiento alguno por la dependencia de salud ocupacional, ni realizadas las valoraciones médicas.
- Indica que dentro de los hallazgos encontrados por la EPS MEDIMAS, el actor presenta afecciones de salud en su columna vertebral (discopatía en las vertebrae L3-L4, L4-L5- L5-S1, y hernia discal central en L4-L5 y hernia discal protruida central asimétrica con desgarramiento en vertebra L5-S1) producto de las labores realizadas al servicio del Departamento de Santander, lo que ha generado restricciones laborales sucesivas con recomendaciones ocupacionales por intervalos mayores a 6 meses, e incapacidades médicas reiteradas.
- Así mismo, indicó que presenta otras afecciones de salud tales como: rinosinusitis crónica, lumbago no especificado, artrosis erosiva, y otras degeneraciones del disco intervertebral, discopatía compresiva, prostatismo descompensado, HTP obstructiva, trabeculación vesical III y RPM con diagnóstico de hiperplasia de la próstata.
- Manifiesta que en repetidas ocasiones ha solicitado al empleador la realización de la valoración médica de invalidez y la respuesta dada por el Departamento de Santander – dirección de talento humano, han sido recomendaciones de carácter ocupacional, sin que se defina su situación laboral.

- Que mediante decreto 0772 de 13 de noviembre de 2020 el Gobernador de Santander dio por terminado el nombramiento provisional de 13 funcionarios, entre ellos el accionante, en el cargo denominado operario nivel asistencial código 487 grado 2 una vez tome posesión del cargo los elegibles; lo anterior, sin contar con la autorización de la Dirección Territorial Santander del Ministerio de Trabajo.
- Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales teniendo en cuenta, que con su trabajo se genera el sustento de su grupo familiar, no se ha definido su situación laboral de incapacidad o invalidez; generando además la imposibilidad física de vincularse a otro empleo dadas sus condiciones de salud, dejándolo desprovisto de trabajo, de atención médica, sin un ingreso mínimo vital para su congrua subsistencia.

La parte actora allegó prueba de los hechos narrados los documentos obrantes adosados en el numeral 002 del expediente.

PETICION

Reclama la parte accionante que en virtud del ejercicio de la acción constitucional le sean protegidos sus derechos fundamentales al trabajo, salud, vida digna, seguridad social, mínimo vital, igualdad, estabilidad laboral reforzada y dignidad humana y en consecuencia:

Se ordene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que se REINTEGRE INMEDIATAMENTE al actor al cargo que venía desempeñando o uno de mayor jerarquía según su estado de salud; o en su defecto se expida el correspondiente acto administrativo a través del cual, sea incluido en nómina hasta tanto se efectúe el trámite ante la administradora de riesgos laborales.

Se ordene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER dejar sin efectos o se declare nulo parcialmente el artículo 4 del decreto 0772 de 13 de noviembre de 2020 modificándose el mismo, en el sentido de dar no por terminado el nombramiento del actor hasta tanto finalice el trámite de invalidez por enfermedad laboral.

DE LAS ACTUACIONES ADELANTADAS POR EL JUZGADO

En auto de 4 de diciembre de 2020 se admitió la acción de tutela, se ordenó la vinculación en calidad de accionantes a la comunidad en general que tenga interés en la presente acción de tutela, así como a cada una de las personas nombradas en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa para desempeñar el empleo de OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL código 487 grado 2 de la planta de empleos administrativos para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Santander, relacionados en el decreto 772 de 13 de noviembre de 2020.

Pese al requerimiento realizado por el Despacho, la parte actora no guardó absoluto silencio, esto es, no informó cuales eran las pretensiones que pretendía hacer valer en relación con LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRABAJO DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER, ni precisó cuales fueron los hechos u omisiones en que incurrió dicha

entidad que conllevaron a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

MINISTERIO DE TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL SANTANDER. -#009-; solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela, pues no es la Entidad que presuntamente amenazó o vulneró los derechos fundamentales reclamados, ni es quien deba pronunciarse ni dirimir las controversias del caso particular, debido a sus competencias.

DEPARTAMENTO DE SANTANDER -#008- solicita se declare improcedente la acción constitucional de tutela y se nieguen las peticiones de la misma, toda vez que, la entidad dio cumplimiento a los mandatos constitucionales para proveer mediante concurso de méritos los cargos vacantes definitivos, por ello desde el año 2017 adelantó el respectivo concurso; además indicó que la administración departamental programó capacitaciones para preparar a sus funcionarios para el concurso de méritos, sin embargo, ello depende de que se hayan presentado al concurso y hayan obtenido el puntaje suficiente para permanecer en sus cargos. Indicó que la terminación de la provisionalidad no se dio con ocasión de las condiciones de salud del actor, sino en virtud de la provisión de los cargos en carrera conforme a la lista de elegibles vigente. Además, que, tratándose el trámite de calificación de invalidez, la misma debe ser adelantada por el accionante ante las respectivas entidades calificadoras. Por lo tanto, considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor.

COMUNIDAD EN GENERAL QUE TENGA INTERÉS EN LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA, ASÍ COMO A CADA UNA DE LAS PERSONAS NOMBRADAS EN PERIODO DE PRUEBA DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA PARA DESEMPEÑAR EL EMPLEO DE OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL CÓDIGO 487 GRADO 2 DE LA PLANTA DE EMPLEOS ADMINISTRATIVOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, RELACIONADOS EN EL DECRETO 772 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2020: pese a haber sido notificado de la existencia de la presente acción constitucional conforme a la publicación realizada a través del portal página web de la RAMA JUDICIAL y del Concurso de méritos, no efectuaron pronunciamiento alguno al respecto.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Carta Política consagra la acción de tutela como un mecanismo idóneo para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción.

El inciso tercero de la citada disposición contempló que dicha acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo del precitado canon Superior se expidió el Decreto 2591 de 1991, el cual estableció en su artículo 6° que la existencia de otros medios de defensa judiciales será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Asimismo, el artículo 14 del mismo decreto estableció que la acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito.

La doctrina de la Corte Constitucional ha establecido que eventualmente, el trámite preferencial y sumario prevalece y desplaza al medio ordinario de defensa judicial cuando éste no es idóneo ni eficaz en el caso concreto, o bien cuando el derecho fundamental es susceptible de quedar relegado a un simple enunciado teórico sin vocación real de concreción material.

III. DE COMO SE RESOLVERA EL PRESENTE CASO

Pues bien, para efectos de resolver el asunto puesto bajo consideración de este operador judicial se hace necesario dar respuesta al siguiente problema jurídico:

Determinar si el DEPARTAMENTO DE SANTANDER ha vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, y a la estabilidad laboral reforzada del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA al dar por terminada su relación laboral, cuando se encontraba con quebrantos prolongados de salud, que habían dado lugar a su reiterada incapacidad médica.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, se (i) analizará la procedencia de la acción de tutela en el asunto objeto de examen; y, en caso de encontrarla procedente, (ii) estudiará la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos; (iii) la estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; y, finalmente, (iv) resolverá el caso concreto.

LA PROVISIÓN DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MÉRITOS – ver T 464 de 2019

La Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, (i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (iii) el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley, y por último, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera.

El propósito de esta norma constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro.

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley.

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para el Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.

LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral,

y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”* a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

“(…) esta concepción amplia del término ‘limitación’ ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que ‘en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.’

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando” (Negrilla fuera del texto original).

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que:

“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté

probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez”

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó 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”.

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

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

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

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA – análisis de los REQUISITOS GENERALES

Legitimación en la causa por activa:

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela también puede ser interpuesta por el representante de la persona, cuando el titular de los mismos no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa o por medio del Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

En esta oportunidad, el señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA interpuso la acción de tutela a través de su apoderado judicial.

Legitimación en la causa por pasiva:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 49 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede en contra de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, en contra de particulares (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

En el presente caso, la peticionaria dirigió la acción de tutela contra DEPARTAMENTO DE SANTANDER, donde el accionante se venía desempeñando en el INSTITUTO TECNICO JOSE RUEDA del Municipio del Palmar Santander, como empleado público de la planta global de la Gobernación de Santander, desempeñado el cargo de servicios generales auxiliares.

Por consiguiente, se considera que la acción de tutela cumple con el requisito de legitimación por pasiva en el presente caso, comoquiera que el DEPARTAMENTO DE SANTANDER es una entidad pública a la que se le endilga la violación de los derechos fundamentales cuya protección se invoca.

No ocurre lo mismo en relación con el MINISTERIO DE TRABAJO – DIRECCION TERRITORIAL SECCIONAL SANTANDER, pues en los hechos narrados en el escrito de tutela no se desprende ninguna acción u omisión atribuible a esta entidad y que haya dado lugar a la presunta vulneración de los derechos del actor. Situación que tampoco fue aclarada por parte del actor, pese al requerimiento que en tal sentido realizó el Despacho. Motivo por el cual desde ya se ordena su desvinculación del presente trámite.

Inmediatez

El artículo 86 constitucional establece que la tutela procede para la “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales del accionante. Con respecto al requisito de inmediatez, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial, contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales, debido a que el requisito de inmediatez tiene como propósito el de preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como “*un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados*”. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que no existen reglas estrictas e inflexibles a la hora de determinar la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso, lo que constituye un término razonable.

En el presente caso, se puede corroborar que se cumplió con el presupuesto de inmediatez, toda vez que el accionante interpuso la acción de tutela el 3 de diciembre de 2020, es decir, antes de que hubiera transcurrido un mes después de haber sido notificado de la resolución que dio por terminada su relación laboral.

Subsidiariedad

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, lo cual implica que procederá en aquellos casos en los cuales no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando, de existir tal mecanismo, este no resulta eficaz, o cuando se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, la Corte ha manifestado que “*excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante*”.

De esta manera, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos, cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que, en estos eventos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados, como sí lo hace la acción de tutela.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia* del daño, es decir, que se trate de una amenaza o de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral 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 fundamentales. En esta medida, la Corte ha destacado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar una serie de criterios, tales como la edad de la persona, su estado de salud y el de su familia y las condiciones económicas de la persona que solicita el amparo constitucional o de las personas obligadas a acudir a su auxilio.

Igualmente, este Tribunal Constitucional también ha precisado que en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno al derecho al mínimo vital, pues se entiende que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar en una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que percibían a través del cargo público. Por este motivo y en concordancia con lo esbozado anteriormente, a pesar de que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas, la acción de tutela es procedente de manera excepcional, cuando del análisis de cada situación concreta se pueda concluir que los otros medios de defensa carecen de idoneidad y eficacia.

En el caso bajo estudio, considera este Despacho que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, pues a pesar de que el accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial como lo es la nulidad y restablecimiento del derecho que la desvinculó, en el presente caso se requiere la intervención del juez constitucional, con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que el accionante es una persona de 54 años de edad, que con ocasión de las patologías que ha venido padeciendo, a la fecha cuenta con incapacidad médica con ocasión del diagnóstico de LUMBAGO CON CIATICA. Así mismo, debemos tener presente que la protección que invoca la parte actora es con el fin de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable de sus derechos fundamentales, pues como justamente ya se realizó el nombramiento de cargos en propiedad de la lista de elegibles, encontrándose pendiente la toma de posesión del mismo por parte de la persona asignada, luego, resulta viable la utilización del mecanismo excepcional de la acción de tutela.

De la estabilidad laboral reforzada

Pues bien, de acuerdo con las pruebas aportadas tanto por el actor como por el accionado, tenemos que mediante convocatoria 505 de 2017 se dio inicio al concurso abierto de méritos de empleos de vacancia definitiva provisto o no mediante nombramiento en provisionalidad o encargo. Que concluida la etapa de selección la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL expidió la resolución N° 5595 de 22 de abril de 2020 por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer unas vacantes definitivas del empleo denominado OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL código 487 grado 2, de la planta de empleos administrativos para la prestación del servicio educativo en el DEPARTAMENTO DE SANTANDER con cargo al sistema general de participaciones.

Así mismo, se tiene que mediante decreto N° 0772 de 13 de noviembre de 2020, el DEPARTAMENTO DE SANTANDER realizó nombramiento en periodo de prueba y dio por terminados nombramientos en provisionalidad, entre ellos, al demandante JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA quien venía desempeñando el cargo en el municipio de PALMAR – SANTANDER.

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho es dable concluir que la motivación de la desvinculación del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA es razonable y como consecuencia de esto, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta, en relación con su estado de salud. De igual manera, se observa que la desvinculación definitiva está sujeta a la aceptación y posesión del cargo, por parte del elegible de la lista, que en el caso concreto es LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA.

Ahora bien, de acuerdo con el historial clínico allegado, tenemos que antes de la fecha del decreto que ordena la terminación de la vinculación del demandante, éste venía padeciendo diferentes enfermedades físicas, que conllevaron incluso a que se expidieran recomendaciones médicas ocupacionales para el desempeño del cargo, siendo la última la correspondiente al mes de septiembre de 2019 la cual fue otorgada por el término de 6 meses, dentro de la cual está el manejo de cargas, subir y bajar escaleras, inclinaciones repetitivas del tronco, continuar con tratamiento multidisciplinario, no deportes de choque y pausas activas -#008 -02-.

Así mismo, en el mes de agosto el actor tuvo incapacidad médica por 15 días y por último vemos que, le fue otorgada incapacidad médica desde el 20 de noviembre hasta el 23 de diciembre del corriente año, luego es lógico, que esta última situación, limitaba y dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, pues justamente la ***incapacidad laboral***, está definida en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, como aquella propia del régimen contributivo, y *consiste en el tiempo que un trabajador se le obliga a retirarse de su cotidiano desempeño laboral, por causa de enfermedad, o accidente de origen común, y a enfermedad profesional, o accidente de trabajo.*

Igualmente, es claro que la entidad accionada DEPARTAMENTO DE SANTANDER tiene pleno conocimiento de las enfermedades que padecía el accionante y que aún afectan su salud y bienestar.

En esa medida, dadas las condiciones de salud del actor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA el cual se reitera, se encuentra con incapacidad médica hasta el 23 de diciembre de 2020, es claro que actualmente, es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, de la cual gozan los funcionarios públicos en provisionalidad que sufren de un grave estado de salud.

Sin embargo, no es menos cierto que existe una tensión, entre la protección de los derechos del accionante, y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER, en especial en lo relacionado con el señor LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA, a quien de acuerdo con la información suministrada por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER se encontraba programada las diligencias de posesión para el día 14 de diciembre de 2020, sin que a la fecha exista certeza sobre dicha situación, esto es, si tomó o no posesión del cargo.

Por este motivo, no es posible acceder de manera tajante a la pretensión del accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, sin solución de continuidad, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales del señor ARAQUE ESPINOSA, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos.

En consecuencia, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del accionante al trabajo, mínimo vital, derecho a la igualdad y especial protección por estabilidad laboral reforzada, quien se reitera para la fecha se encuentra con incapacidad médica, se impartirá la siguiente orden:

- Se ORDENA al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la presente providencia, mantenga el nombramiento del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA en el cargo de OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL código 487 grado 2, de la planta de empleos

administrativos para la prestación del servicio educativo en el DEPARTAMENTO DE SANTANDER en el municipio del PALMAR – SANTANDER hasta tanto, el señor LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA tome posesión del cargo.

- En caso que el señor LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA ya hubiese tomado posesión del cargo, se ordena al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, y únicamente en el evento de existir vacantes disponibles o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, debe nombrar al señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.
- Así mismo, y en el evento de no existir vacantes definitivas disponibles, se ORDENA al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, mantenga la afiliación del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar los tratamientos necesarios para la recuperación de las patologías que padece.

Finalmente, en lo que respecta a la petición subsidiaria encaminada a que se deje sin efectos o se declare nulo parcialmente el artículo 4 del decreto 0772 de 13 de noviembre de 2020, el Despacho no accede a la misma, en tanto, 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, existen los mecanismos ordinarios de defensa judicial a los cuales puede acudir el actor en busca de la protección de sus intereses particulares, antes que acudir a la acción de tutela.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

V. RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales del accionante al trabajo, mínimo vital, derecho a la igualdad y especial protección por estabilidad laboral reforzada de JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA identificado con cédula de ciudadanía N° 13700607 quien actúa a través de apoderado judicial en contra del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. ORDENAR al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que en el término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la presente providencia, mantenga el nombramiento del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA en el cargo de OPERARIO – NIVEL ASISTENCIAL código 487 grado 2, de la planta de empleos administrativos para la prestación del servicio educativo en el DEPARTAMENTO DE SANTANDER en el municipio del PALMAR – SANTANDER hasta tanto, el señor LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA tome posesión del cargo.

En caso que el señor LUIS MIGUEL ARAQUE ESPINOSA ya hubiese tomado posesión del cargo, se ordena al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, y únicamente en el evento de existir vacantes disponibles o en caso tal de que existan vacantes futuras en

provisionalidad, debe nombrar al señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la Ley y la jurisprudencia constitucional.

Así mismo, y en el evento de no existir vacantes definitivas disponibles, se ORDENA al DEPARTAMENTO DE SANTANDER que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, mantenga la afiliación del señor JAIRO SANCHEZ VALDERRAMA al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar los tratamientos necesarios para la recuperación de las patologías que padece, todo de acuerdo a lo motivado en esta sentencia.

TERCERO. Negar las demás pretensiones formuladas por el actor, por las razones indicadas en la motivación de este proveído.

CUARTO. Se ordena la DESVINCULACIÓN de LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRABAJO DIRECCIÓN SECCIONAL SANTANDER, conforme lo motivado.

QUINTO. Si el presente proveído no es impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, POR SECRETARIA ENVÍESE a la Corte Constitucional en opción de revisión.

SEXTO. Una vez en firme el presente proveído, ARCHIVESE lo actuado.

NOTIFIQUESE POR EL MEDIO MÁS EFICAZ Y EXPEDITO

CARLOS ALBERTO CAMACHO ROJAS

Juez

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO CAMACHO ROJAS

JUEZ

JUZGADO 001 DE CIRCUITO LABORAL DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER

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:

9cf1769988bf9f5f80089219d9bf6421569cea8b6d844101bc418c58d1a60995

Documento generado en 18/12/2020 02:56:36 p.m.

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