



SANTIAGO DE CALI

JUZGADO SEXTO LABORAL MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE CALI

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

RAD: 760014105006-2020-00132-00

ACCIONANTE: MARÍA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS

ACCIONADA: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- GOBERNACIÓN

VINCULADOS: INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES DE LA RESOLUCIÓN No. CNSC - 20202320005535 DEL 13-01-2020

En Santiago de Cali, a los diez (10) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), el suscrito Juez Sexto Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Cali, se constituye en audiencia pública y declaró abierto el acto, con el fin de proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 043

La señora **MARÍA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 66.883.795, actuando a través de apoderada judicial, instauró Acción de Tutela contra el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- GOBERNACIÓN**, con el fin de solicitar protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad, trabajo, estabilidad laboral reforzada y protección especial a débiles físicos y psíquicos.

Los hechos que narra la accionante y que interesan para la resolución del caso, son los siguientes:

- 1- Relata que es madre cabeza de familia, tiene a su cargo a un hijo de 1 año y 2 meses, siendo ella quien vela por su sostenimiento.
- 2- Informa que fue nombrada en cargo de provisionalidad de carrera administrativa, mediante Decreto No. 1042 del 23 de junio de 2015, contratada para ostentar el cargo de Secretaria, código 440, grado 7, en la Institución Educativa Regional Simón Bolívar, ubicada en el Municipio de Florida, nombramiento que fue prorrogado, hasta tanto el Consejo de Estado, se pronunciara sobre el Auto del 5 de mayo de 2014, tal y como obra en el Decreto No. 1945 del 31 de diciembre de 2015.
- 3- Señala que mediante el Decreto No. 1-2-0408 del 7 de febrero de 2020, se hicieron unos nombramientos en periodo de prueba y se declaran insubsistentes unos nombramientos provisionales en la Planta de Cargos Administrativa de los Establecimientos Educativos, dándose por terminada su vinculación provisional.
- 4- Indica que la accionada, al haber ofertado las plazas y dar por terminada la vinculación provisional de la accionante, no consideró lo establecido en los parágrafos 2 y 3 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, omitiendo además, que hace parte del retén social en el caso de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, debido a que acredita dos de las condiciones exigidas por la norma, una ser madre cabeza de familia y tener la condición de empleado con fuero sindical, adicional que al momento de su desvinculación, contaba con recomendaciones medico laborales y hasta la fecha, sufre de varias enfermedades.
- 5- Informa que el 4 de febrero de 2020, radicó derecho de petición ante la accionada, con el fin de que le fuese protegido el derecho a la estabilidad laboral reforzada, petición a la cual la accionada dio respuesta el 1º de abril de 2020, no accediendo a las peticiones.
- 6- Reitera que, al momento de declararse su insubsistencia, contaba con recomendaciones médicas a causa de sus diferentes problemas de salud y que se encontraba en la lactancia materna de su hijo, asistiendo, además, desde el año 2017 a la actualidad, a controles médicos con diferentes especialistas.
- 7- Indica que sus recomendaciones médicas laborales por 5 meses, fueron informadas a la accionada, mediante oficio de fecha 7 de octubre de 2019, las cuales se encontraban vigentes al momento de declararse la insubsistencia de su nombramiento, y que debido a la terminación de su contrato dicho tratamiento médico se interrumpió.
- 8- Resalta que, sufría constantemente de estrés laboral, el cual le causó alto detrimento en su estado de salud, y no le fue posible iniciar el proceso de calificación de la enfermedad por parte de la EPS y realizar el trámite correspondiente, al terminarle su vinculación laboral, sin embargo, fue valorada por el médico laboral y contaba con recomendaciones médicas laborales vigentes y reitera que al momento del retiro del servicio era madre lactante.
- 9- Expresa que, desde el momento de la terminación del contrato por parte de la accionada, no ha podido vincularse a otra entidad laboralmente, debido a que se hace evidente su condición de salud, lo cual le ha ocasionado falta de ingresos y tener así un sustento que brindarle a su hijo de un año de nacido, además, actualmente se encuentra sin cubrimiento de salud y pensión con tratamientos médicos pendientes y con secuelas psicológicas que requieren que se continúe con su tratamiento médico, al igual que se encuentra

viviendo de la caridad de sus familiares.

GESTIÓN PROCESAL

Mediante Auto No. 1212 del 4 de junio de 2020, se admitió la presente acción constitucional en contra del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA-GOBERNACIÓN** y se dispuso la vinculación a la presente acción a las personas que hacen parte de la lista de elegibles para proveer la vacante definitiva del empleo, denominado secretario, código 440, grado 7, identificado con el código OPEC No. 74193, del sistema general de carrera administrativa de la gobernación del Valle del Cauca, contenidos en la Resolución No. CNSC - 20202320005535 del 13-01-2020, decisión que fue notificada vía electrónica, a través de los emails njudiciales@valledelcauca.gov.co, ntutelas@valledelcauca.gov.co y nconciliaciones@valledelcauca.gov.co, al igual que se realizó publicación por aviso a través del portal web de la rama judicial, el 4 de junio de 2020.

Por tal situación, la señora **LILIANA LENIS CAICEDO**, integrante de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20202320005535 del 13-01-2020, en escrito remitido vía electrónica el 5 de junio de 2020, manifestó que el acceso a los cargos de carrera debe darse a través de concurso de méritos, que de igual manera, quienes actualmente ocupan cargos en provisionalidad están en igualdad de condiciones para participar en dichos concursos, y quien ocupe el primer puesto en el concurso debe ser vinculado al cargo para el cual concursó, indicando que en virtud de las normas referidas en el Acuerdo compilatorio No. 20181000003636 del 10 de septiembre de 2018 y aclarado mediante Acuerdo No. 2018000007126 del 13 de noviembre de 2018 de la CNSC, participó en proceso de selección No. 437 de 2017, para proveer la vacante definitiva de la OPEC 74193, obteniendo el segundo puesto para proveer la vacante según lista de elegibles contenida en la Resolución 20202320005535 de la CNSC, por lo cual, mediante Decreto No. 1-3-04-08 del 7 de febrero de 2020, la Gobernación del Valle del Cauca expidió nombramientos en periodos de prueba, además que mediante derecho de petición se enteró que de la lista de elegibles citada fue nombrada la persona que ocupaba el primer puesto, y esta tomó posesión del empleo en periodo de prueba el 4 de marzo de este año.

Por su parte la señora **MARÍA CRISTINA ROLDAN QUINTERO**, integrante también de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20202320005535 del 13-01-2020, en escrito remitido vía electrónica el 5 de junio de 2020, informó al despacho que la Comisión del Servicio Civil, a través del Acuerdo No. CNSC-20171000000346 del 28 de noviembre 2017, estableció las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Valle del Cauca, proceso de Selección No. 437 de 2017, convocatoria a la cual se inscribió y después de la presentación de las pruebas, obtuvo como resultado de 85,36 y le dio la opción de continuar en el concurso y encabezar la lista de elegibles, además que mediante Resolución No. CNSC-20202320005535 del 13 de enero de 2020 se conformó la lista de elegibles, donde se verificó que seguía encabezando la referida lista, recibiendo información a través de correo electrónico el día 24 de febrero de 2020, respecto del trámite de posesión y le fue enviado el Decreto 1-3-0408 del 7 de febrero de 2020, presentándose para tal efecto el día 4 de marzo de 2020 ante la Secretaría de Educación a posesionarse del cargo, bajo acta No. 573. Señala además que no conoce a la accionante de manera personal, sino que tuvo contacto con ella vía whatsapp antes de su posesión, la cual le dijo que tenía una niña y que estaba recién llegada de España donde había pasado un tiempo por una licencia que le habían concedido y que precisamente se le terminaba el 4 de marzo.

En escrito remitido vía electrónica, el día 8 de junio de 2020, la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, manifestó que se adelantó concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva 1056 vacantes pertenecientes al Sistema general de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Valle del Cauca, expresando que el artículo 54 del Acuerdo No. 20181000003636 del 10 de septiembre de 2018, al referirse a la firmeza de la lista de elegibles, en el inciso 2º determinó que la Comisión Nacional del Servicio Civil, comunicaría a cada entidad *“la firmeza de los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados...para que inicien las acciones tendientes a efectuar la provisión por mérito”*, por lo cual la CNSC, emanó la Resolución No. 20202320005535 del 13 de enero de 2020, por medio de la cual conformó la lista de elegibles para proveer un cargo vacante definitivo del empleo denominado Secretario, Código 440, Grado 07, identificado con el código OPEC No. 74193, lista que cobró firmeza el 24 de enero de 2020 y quedó integrada por 10 personas, estando ubicada en primera posición la señora María Cristina Roldan Quintero, asimismo, señala que siendo efectuado el reporte de los empleos en vacancia definitiva por parte de la entidad a la CNSC, el 1º de junio de 2018, de manera lógica estaba comprometido el cargo ocupado en provisionalidad por la accionante, quien para esa época no ostentaba la condición de madre, dado que su primogénito solo necesaria el 11 de marzo de 2029, y por supuesto tampoco tenía la calidad de madre cabeza de familia, razones suficientes para ofertar el empleo por ella ocupado.

Igualmente, indica que, en aplicación de la citada lista, se nombró en periodo de prueba a quien, si ganó el concurso ocupando el primer lugar, al igual que la totalidad de los cargos, se encuentran debidamente ocupados como consecuencia de una vinculación legal y reglamentaria con la Administración Departamental, no existiendo en la actualidad una vacante en provisionalidad para reubicar o trasladar a la accionante, además que la planta de personal de la Administración Departamental no puede ser modificada sin una razón suficiente que implique la necesidad del servicio debidamente valorado en sus diferentes componentes; que la aplicación de la lista de elegibles fue el fundamento que se tuvo en cuenta en el Decreto que declaró insubsistente en el cargo ocupado

por la accionante, reiterando además, que previo al reporte de las vacantes en provisionalidad fruto de la Convocatoria 437 de 2017, se examinó las circunstancias específicas y especiales de quienes ocupaban las plazas en provisionalidad, incluyendo a la accionante, y no se encontró ninguna circunstancia que inhabilitara la oferta de la plaza ocupada por ella, quien no expuso tener la condición de madre cabeza de familia, ni tampoco que soportara problemas de salud, como se desprende del oficio del 25 de mayo de 2018, denotándose antes por el contrario, un cierto desinterés de la accionante, quien no concursó en la convocatoria pública No. 437 de 2017, que se hizo de manera pública, y no informó acerca de alguna situación excepcional; considera que la institución de madre o padre cabeza de familia, no puede derivarse de la simple afirmación cuando nada se expresa ni prueba acerca de la familia nuclear ni la extensiva de estos, al igual que los funcionarios que encontrándose en provisionalidad no presentaron o superaron las pruebas del concurso, no pueden ampararse en fuero sindical para permanecer en su cargo, toda vez que las normas son claras en establecer que para acceder a carrera administrativa, se requiere que la persona haya concursado, superado las pruebas y reunir los requisitos de Ley para hacer parte de la lista de elegibles, con la cual se proveen los cargos vacantes de la respectiva entidad. Señala que, en cuanto a la patología presuntamente padecida por la accionante, se consultó el registro del sistema HUMANO y no aparece evidencia de haberse generado incapacidades por el padecimiento que dice tener.

Para resolver se, **CONSIDERA:**

Conforme al artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que puede ser ejercido por toda persona y en todo momento ante los Jueces de la república para la protección de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción y omisión de cualquiera autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente determinados por la Ley.

Los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, reglamentan la acción de tutela que es eminentemente subsidiaria, solo admisible en ausencia de otros medios de defensa judicial. Excepcionalmente se la autoriza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, de conformidad con los hechos narrados y la documental aportada, el problema jurídico a resolver, consiste en determinar si existe vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad, trabajo, estabilidad laboral reforzada y protección especial a débiles físicos y psíquicos, por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- GOBERNACIÓN**, por la decisión adoptada mediante el Decreto 1.3.0408 del 7/02/2020, por el cual se declaró insubsistente unos nombramientos provisionales, entre ellos, el de la accionante, como consecuencia de la aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20202320005535 del 13-01-2020, ofertado en el marco del proceso de selección no. 437 de 2017 – Valle del Cauca, en donde por virtud de esa lista se nombró a la señora María Cristina Roldan Quintero.

Aunado lo anterior, antes de proceder con el estudio de fondo un asunto vía de tutela lo primero es establecer el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, que al tenor de los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, se resumen en: i) legitimación por activa y por pasiva, ii) vulneración de un derecho constitucionalmente definido como fundamental, iii) inmediatez y iv) **subsidiariedad**.

El principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela

Jurisprudencialmente se ha señalado y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter **subsidiario**. Esta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. Las normas en comento disponen

“(…) CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

“...Esta acción solo 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. (...)”

“...DECRETO 2591 DE 1991 ARTÍCULO 6°. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”.

Se ha reiterado que no siempre el Juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia.

Así mismo, en Sentencia T-423 de 2018, la Corte Constitucional reiteró

“(…) la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

No obstante, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección oportuna e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados en el caso concreto.

En todo caso, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela cuando se dirija contra actos administrativos, la Corte ha señalado que deberá definirse en atención a las circunstancias especiales de cada caso concreto. Así, por ejemplo, aunque existan otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez de tutela deberá analizar las condiciones de eficacia material y las circunstancias especiales de quien reclama la protección de sus derechos fundamentales, para efectos de definir la procedencia definitiva del amparo (...).

Por lo que, de la jurisprudencia constitucional, se puede extraer que, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección del derecho fundamental que se reclama, el interesado debe acudir primero a ellas, antes de pretender la defensa por vía de la acción de tutela. Es decir, la subsidiariedad conlleva a que se deba agotar previamente las herramientas de defensa legalmente disponibles al efecto, pues, la tutela no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, que, en el caso frente a actos administrativos expedidos por entes territoriales, como lo es un Departamento, son los contenidos en la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, en lo que respecta a la estabilidad laboral de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, la Corte Constitucional, mediante sentencia T- 096 del 2018, reiteró

“...los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

5.5. De esta forma, “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.

(...)

... En el caso de sujetos de especial protección constitucional, como lo son quienes se encuentran en condición de discapacidad o padecen grave enfermedad, cuando surja la obligación de nombrar en sus cargos a los elegibles de un concurso de méritos, la entidad nominadora deberá, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 2º y 13 de la Constitución Política y a los precedentes constitucionales, prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público y, en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. De no ser posible esta última solución, siempre que la situación de debilidad manifiesta se derive de una grave afectación de salud, habrá de mantenerse su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador...” (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, mediante Sentencia SU 691 del 2017, esa alta corporación, manifestó

“...Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por regla general, la solicitud de reintegro al cargo de un servidor público no procede a través de la acción de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones, como lo es, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de este mecanismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha concluido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo “de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible”, a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se reparen los otros daño provocados.

10. De acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto.

(...)

Sin embargo, en providencias posteriores, entre las cuales se encuentra la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional reconoció la importancia del proceso contencioso administrativo, considerando que en dicho escenario, el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante. Sobre el particular, en la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión se refirió a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de 2011 las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.”

(...)

Todo lo expuesto le indica a la Sala Plena de la Corte Constitucional que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos

fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, **en cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.

Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales.”.

Providencia que además en lo referente a la estabilidad laboral de madres cabeza de familia, indicó

“... el mandato constitucional consagrado en el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución fundamenta, para las mujeres cabeza de familia, una protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada, en aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional.

84. 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 fuera de texto)

Ahora bien, en lo que respecta al fuero sindical invocado por la parte actora, se tiene que el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, señala que

“No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1. Cuando no superen el período de prueba.

24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.”

Al igual que sobre el tema en mención, en la sentencia T- 1164 de 2001, la Corte Constitucional reiteró que

“...El fuero sindical, conforme a su definición legal, en el artículo 405 del estatuto del trabajo, es la garantía que tienen algunos empleados, **en virtud de la cual no pueden ser despedidos**, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, “sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo”. La Carta de 1991 confiere una especial jerarquía a esta figura, que ya no es una institución puramente legal, puesto que se ha convertido en un mecanismo de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. (...)

‘4- Conforme a lo anterior, esta Corporación coincide con el actor y con varios intervinientes en que el fuero sindical, en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente en favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos. Por ello esta Corte ha señalado que este “fuero constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical, antes que la protección de los derechos laborales del trabajador sindicalizado”

(...)

Para la Sala no llama a duda que si un empleado o funcionario de la Rama Judicial que ejerce el cargo en provisionalidad, participa como fundador de un sindicato o desempeña uno de los cargos directivos dentro de la organización sindical, lo protege el fuero sindical que de tales hechos se derivan, para no ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, pues sólo así se le garantiza, como lo ha precisado la Corte, que pueda cumplir sus gestiones, realizar libremente sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temor a represalias patronales, neutralizando de ese modo que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos. (...)

Empero, en el caso bajo examen, lo que ocurre es que el señor..., no estaría siendo víctima de “despido” alguno como represalia del empleador por sus actividades sindicales, ni con ello se pretende perturbar o quebrantar el derecho a la libertad de asociación sindical, ni a él ni a la organización sindical en la que intervino como cofundador o en la que desempeña un cargo directivo amparado por el fuero sindical. No. La razón de la desvinculación del señor...del cargo que ocupa en provisionalidad, se daría en virtud de la culminación de un proceso previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para la provisión en propiedad de un cargo de carrera, situación que bien lejos está de los propósitos inicialmente enunciados.

(...)

Guardadas las proporciones, estima la Sala que aceptar en un caso como el que es objeto de análisis, que el nominador tiene el deber de solicitar autorización al juez del trabajo para separar del cargo a un funcionario o empleado aforado, sería tanto como admitir que así debería procederse cuando un servidor público es objeto de una sanción disciplinaria de destitución, en firme, o de la pena de pérdida del empleo en materia penal, simple y llanamente porque se encuentra amparado por la garantía foral, pues es claro que tampoco en tales eventos la separación del cargo de ninguna manera se produce como retaliación del empleador por las actividades de carácter sindical del servidor o con el fin de violentar el derecho a la libertad de asociación sindical. Si ello es así, entonces, cabe preguntar, ¿para qué se requeriría la calificación de la justa causa por parte del juez del trabajo?.”

Por lo que de lo señalado en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005 y de la sentencia T- 1164 de 2001, se tiene entonces que los empleados públicos en provisionalidad, como lo era la aquí accionante, que estén amparados con fueron sindical, pueden ser retirados de sus cargos, sin necesidad de autorización judicial para ello, cuando se deba proveer el cargo con la persona que ganó el correspondiente concurso de méritos, como es lo que sucede en estas diligencias.

Bajo las consideraciones antes expuestas, en el caso de autos, y de conformidad con los hechos narrados, así como de la documental aportada, se tiene que la señora **MARIA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS**, solicita se tutele los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad, trabajo, estabilidad laboral reforzada y protección especial a débiles físicos y psíquicos, a fin de que se ordene a la entidad accionada el reintegro desde el día 4 de marzo de 2020 a su puesto de trabajo sin solución de continuidad, o a otro de igual o mejor categoría, teniendo en cuenta que es madre cabeza de familia, su limitación en salud y recomendaciones médicas y al estar amparada con fuero sindical, al igual que se ordene el pago de salarios, prestaciones legales y extralegales y seguridad social desde el día en que fue desvinculada, hasta el momento que se haga efectivo el reintegro laboral, entre otras, desprendiéndose de la documental aportada, que mediante el Decreto 1.3.0408 del 7 de febrero de 2020 expedido por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, se declaró insubsistente los nombramientos provisionales en vacancia definitiva, entre ellos, el que desempeñaba la accionante, ello como consecuencia de la aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20202320005535 del 13-01-2020 (Expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil) por el Concurso abierto de méritos de la Convocatoria No. 437 de 2017, nombrándose en periodo de prueba en el cargo de la accionante, a la señora **MARÍA CRISTINA ROLDAN QUINTERO**, quien hizo parte de esa lista de elegibles, además que en el artículo 3° de la Resolución citada, se señaló de forma expresa que la declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, entre los que se incluye a la actora, se daría una vez la persona de la lista de elegibles tomara posesión del empleo para el cual fue nombrado, lo cual de acuerdo con lo informado por la citada señora, ocurrió el día 4 de marzo de 2020, ante la Secretaría de Educación, bajo acta No. 573.

Aunado lo anterior, la entidad accionada al contestar esta acción, manifestó que la CNSC mediante diferentes Acuerdos, determinó adelantar concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva 1056 vacantes pertenecientes al Sistema general de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Valle del Cauca de los diferentes niveles, expresando que el artículo 54 del Acuerdo No. 20181000003636 del 10 de septiembre de 2018, al referirse a la firmeza de la lista de elegibles, en el inciso 2° determinó que la Comisión Nacional del Servicio Civil, comunicaría a cada entidad *"la firmeza de los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados...para que inicien las acciones tendientes a efectuar la provisión por mérito"*, por lo cual la CNSC, profirió la Resolución No. 20202320005535 del 13 de enero de 2020, por medio de la cual conformó la lista de elegibles para proveer el cargo vacante definitivo del empleo que desempeñaba la actora, siendo la nombrada la primera de esa lista, al igual que al momento de efectuarse el reporte de los empleos en vacancia definitiva por parte de la entidad a la CNSC, el 1° de junio de 2018, en donde estaba comprometido el cargo ocupado en provisionalidad por la accionante, la misma no ostentaba la condición de madre cabeza de familia, lo cual fue suficiente para ofertar el empleo por ella ocupado y que, en cuanto a la patología presuntamente padecida por esta, se consultó el registro del sistema HUMANO y no aparece evidencia de haberse generado incapacidades por el padecimiento que dice tener.

En ese entendido, no habiendo entonces discusión que la desvinculación de la accionante se dio como consecuencia de un concurso de méritos, que se aplica respecto de un cargo que la accionante siempre ha sabido que es de carrera administrativa, se tiene que frente a esta acción, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, expresó, que con la misma se pretende hacer valer un derecho diferente al mérito, aun cuando la accionante tuvo todas las garantías y la opción de participar en el cargo ofertado, al igual que conforme al principio de subsidiariedad de la acción, se puede inferir que la acción de tutela por regla general es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, y que en el presente asunto no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable que justifique la adopción del amparo constitucional deprecado, al no probarse la existencia de un perjuicio irremediable, inminente, grave e impostergable que amerite la intervención de Juez constitucional, indicando además que los derechos reclamados por la accionante no han sido vulnerados, toda vez que al igual que la persona que ocupó el primero puesto en la convocatoria 437 de 2017, la accionante tenía la obligación de concursar y quedar dentro de los cargos ofertados en la lista de elegibles, para así acceder a la permanencia en el cargo de carrera que ocupaba de manera provisional, porque existían las garantías suficientes para hacerlo y quedaría en igualdad a los demás convocados, no hacerlo, es vulnerar ese principio constitucional y el derecho adquirido de quien concurso, superó las pruebas y debió ser nombrado y posesionado conforme a la ley de carrera administrativa, por ello no es de recibo el argumento del accionante para pretender ser reintegrado aun cargo ocupado por un tercero con pleno derecho.

Lo cierto es que esta dependencia judicial, comparte los argumentos expuestos por la entidad territorial accionada, como quiera que no se puede pasar por alto, que ni de la prueba documental aportada al plenario, ni de los hechos narrados, ni mucho menos de la contestación dada por la Secretaria de Educación del Departamento del Valle del Cauca, se observan o explican razones que justifiquen por qué los mecanismos ordinarios disponibles, tales como los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Donde también podía solicitar como medida cautelar la suspensión provisional del Decreto 1.3.0408 del 7 de febrero de 2020), no resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales que alega la accionante le están siendo vulnerados, ni tampoco

adujo qué perjuicio irremediable se configuraría durante el lapso que tardaría el trámite de tales mecanismos, distintos al recurso de amparo, ni mucho menos alegó y/o probó situación de vulnerabilidad alguna, si se tiene presente que no probó sumariamente los perjuicios que le está generando las decisiones adoptadas por la accionada, debido a que si bien, en los hechos narrados y en la documental aportada al plenario, se logra evidenciar que la señora Fernández Bolaños, tiene antecedentes de problemas de salud desde el año 2017, por el diagnóstico de *Episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos*, y por el cual se le han dado unas recomendaciones médicas, también se observa que las últimas recomendaciones médicas emitidas, datan del 1 de octubre de 2019, sin que se logre sustraer que a la fecha en que fue declarada insubsistente del cargo que ocupaba en provisionalidad, dichas recomendaciones se encontraran vigentes, además no hay prueba sumaria alguna, que indique que la actora se encuentre en estado de debilidad manifiesta, como quiera, que en este caso, no reposa un dictamen médico mediante el cual se pueda concluir que padezca alguna limitación en su estado de salud y que le impida desarrollar una vida laboral, esto es, no se ha acreditado una pérdida de capacidad laboral, o que tenga un estado de salud limitado, lo que permite concluir que no enfrenta realmente ninguna discapacidad de la que se pueda inferir que la declaratoria de insubsistencia del cargo en el que se encontraba nombrada pueda ocasionarle un perjuicio irremediable, ni tampoco tiene una enfermedad grave, y si bien se entiende que la desvinculación laboral puede generar una reducción de sus ingresos mensual, tal situación no es suficiente por sí sola para hacer procedente la acción de tutela, pues lo que se pretende con la acción de tutela es proteger el mínimo vital de una persona y/o de su familia, motivo por el cual, al alegarse la vulneración al mínimo vital debe demostrar que, ante el desempleo, no tiene las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para contar con una vida en condiciones dignas, situación que en el caso de autos la accionante no probó sumariamente, y en atención a las circunstancias mencionadas, no se observa que la decisión adoptada mediante el Decreto 1.3.0408 del 7 de febrero de 2020, genere una alteración injustificada en su vida, y por ende no se evidencia se encuentre en una situación de vulnerabilidad que haga procedente el amparo por vía de tutela.

Debiéndose precisar, además, que, si bien la actora manifestó ser madre cabeza de familia, ello no tiene ningún eco probatorio, si se tiene presente que no puede pretender que su propia declaración acredite esa calidad o un perjuicio irremediable, porque bien es sabido que se ha dicho que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, pues deviene indiscutible no solo la presunción sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad, además que es de tener presente que aun las personas que tienen esa calidad, no gozan de una estabilidad laboral absoluta, sino relativa, y ello en especial, en tratándose de cuando hay de por medio derechos de las personas que han ganado un concurso público de méritos, ello conforme se consideró en la Sentencia SU 691 de 2017, en el que se indicó

*“...sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, **consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes.** En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.*

(...)

No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos.”

Por lo anterior, reitera el despacho que la declaratoria de la insubsistencia de la accionante, obedeció al nombramiento del empleo en carrera administrativa, en atención al cumplimiento de la lista de elegibles que se generó como consecuencia al concurso abierto de méritos para la provisión de empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, de la Gobernación del Valle del Cauca, en el cual ni siquiera la accionante participó, debiéndose tener en cuenta además que en el acto administrativo de insubsistencia y nombramientos en periodo de prueba, se dejó claro que la Administración Departamental no contaba con un cargo disponible donde se pueda ubicar o reubicar a las personas que venían ocupando de manera temporal mediante nombramiento en provisionalidad el cargo de Secretario, código 440, Grado 07, además, que se reitera, la desvinculación de la accionante, fue como producto de los resultados obtenidos en el concurso abierto de méritos de la Convocatoria No. 437 de 2017 por parte del CNSC, de manera que al momento de quedar en firme la lista de elegibles, en la cual la señora María Cristina Roldan Quintero, ocupó el primero puesto, la entidad accionada procedió a con la aplicación de la lista, nombrándola en periodo de prueba, para lo cual la citada señora tomó posesión el 4 de marzo de 2020, situación que al ser un cargo de carrera, no tenía camino distinto que al de la aplicación de la lista y posterior nombramiento, por lo que se considera que con la expedición del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la accionante, obedece única y exclusivamente a proveer el cargo de carrera en propiedad, más de ninguna manera se funda en una decisión unilateral de la accionada para desconocer derechos fundamentales, que se pueda equiparar a un despido por el efecto de dicha declaratoria, como quiera que cesó la relación laboral que acaecía en provisionalidad, en consecuencia, y como quiera que lo que se busca

en el caso de autos es controvertir la decisión tomada en el Decreto 1.3.0408 del 7 de febrero de 2020, se reitera, su escenario natural de contradicción es ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de los medios de control que contempla la Ley 1437 de 2011, a la cual podrá acceder a partir del 1º de julio de este año, según la normalización de la prestación del servicio de justicia, que indicó el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJ20-11567.

Como viene de verse, en la acción de tutela contra actos o actuaciones relativas a situaciones administrativas a la luz del artículo 86 de la Constitución Política, la sede judicial de tutela solo resulta procedente en ausencia de medios judiciales de defensa, o cuando los existentes carezcan de la idoneidad o efectividad para conjurar las situaciones derivadas de su aplicación o para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, lo cual no es lo que sucede en autos, como quiera que dicho perjuicio debe ser probado, puesto que el Juzgador no está en capacidad de estructurar o imaginar por sí solo el contexto fáctico en el cual se produce el daño alegado, por lo que la reclamante está en la obligación de aportar elementos de juicio que permitan concluir la efectiva existencia de aquel, bajo los presupuestos de su certeza, gravedad y urgencia, además que no puede ser la acción de tutela un escenario donde se discutan situaciones que se deben resolver ante el Juez natural correspondiente. Así las cosas, para el despacho es claro que la tutelante no acreditó el cumplimiento del requisito de subsidiariedad para la procedencia de su acción, por lo tanto, se impone concluir que la acción de tutela impetrada es improcedente para obtener la protección de los derechos fundamentales alegados por la accionante, debiendo la misma, acudir a los mecanismos ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar el acto administrativo que considera lesiona sus derechos fundamentales, más aún cuando la misma no acreditó la configuración de un perjuicio irremediable, ni mucho menos situación de vulnerabilidad, por lo que se explicó en líneas precedentes, además que ante la decisión adoptada no se hace necesario hacer pronunciamiento alguno sobre las personas vinculadas a esta acción.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO LABORAL MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por la señora **MARÍA ISLENA FERNÁNDEZ BOLAÑOS**, contra el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA- GOBERNACIÓN**, por las razones explicadas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia en la forma y términos consagrados en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1.991, esto es, a través de los correos electrónicos de las partes, además que el escrito de impugnación que eventualmente quieran presentar, deberá ser firmado por la persona que lo suscribe y enviado al e-mail de este Juzgado, para poder tenerlo como presentado en debida forma y darle el trámite correspondiente. Asimismo, Notifíquese esta decisión también por aviso que deberá ser publicado en la página web de la rama judicial por parte de la oficina de sistemas.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, remítase para su eventual revisión a la Corte Constitucional, conforme el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, trámite de revisión que se surtirá una vez los términos judiciales se vuelvan a reanudar teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos PCSJA20-11549 y PCSJ20-11567, suspendió los términos judiciales por motivos de salubridad pública y fuerza mayor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez



SERGIO FORERO MESA

SENTENCIA DE TUTELA-IMPROCEDENTE
RAD: 7600141050062020-00132-00