

República de Colombia



Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Oralidad
Sentencia de Tutela
Rad. 760014003-017-2020-00279-00

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

I. Asunto

Se procede a decidir en primera instancia la **acción de tutela** instaurada por el señor **HELIODORO BERMÚDEZ DE LA ROSA** en contra de la **ALCALDÍA DISTRITAL DE CALI – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL**, por la presunta vulneración de los **derechos fundamentales** al **Mínimo Vital**, al **Trabajo**, a la **Seguridad Social**, a la **Dignidad Humana** y a la **Estabilidad Laboral Reforzada**.

Al presente trámite se vinculó a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, al **MINISTERIO DE TRABAJO**, a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. /ARL**, a **COMFENALCO VALLE EPS**, así como a las 224 personas que conforman el registro de elegibles según Resolución 5249 de 2020 y a las personas que ocupan las 172 vacantes definitivas declaradas desiertas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, a partir del proceso de selección No.437 de 2017,

II. Antecedentes

2.1. Hechos

Relata el accionante que mediante Resolución No. 2697 del 30 de septiembre de 2004 fue nombrado en provisionalidad como auxiliar de servicios generales código 470 Grado 01, en la Alcaldía del Municipio de Cali. Manifiesta que el 14 de julio de 2010 sufrió accidente laboral por lo cual actualmente se encuentra en tratamiento médico

Informa que como consecuencia del **proceso de selección No. 437 de 2017**, por concurso de méritos, con OPEC 74051 publicada en el SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ofertaron 396 vacantes definitivas para proveer cargos de auxiliar de servicios generales de la Alcaldía de Santiago de Cali, se conformó registro de elegibles para 224 y se declaró desiertas 172. Aduce que dado su estado de salud y por encontrarse vacantes disponibles para nombramientos en provisionalidad, la Alcaldía de Cali debe reubicarlo.

2.2. Pretensiones

Solicita que se ordene a la **Alcaldía de Santiago de Cali**, que lo reintegre en un cargo similar o equivalente al que venía ejerciendo, además de que realicen el pago de los salarios dejados de percibir y de la seguridad social.

2.3. Derechos fundamentales vulnerados

Como lo ha expuesto el accionante se trata de los **derechos fundamentales al Mínimo Vital, al Trabajo, a la Seguridad Social, a la Dignidad Humana y a la Estabilidad Laboral Reforzada.**

2.4. Tramite

Correspondió por reparto del **14 de julio de 2020** a esta agencia judicial conocer de la presente acción de tutela, la cual fue admitida mediante **Auto de la misma fecha**. En dicha providencia se ordenó notificar a la entidad accionada con el fin de que ejerciera su derecho de defensa y contradicción e informara a esta unidad Judicial sobre los hechos narrados por el apoderado judicial del accionante.

Que el 28 de julio de 2020 se profirió sentencia de primera instancia la cual fue impugnada, siendo remitida al superior funcional. Que mediante Auto del 18 de agosto de 2020 notificado el 20 de agosto de 2020 el Juzgado 16 Civil del Circuito de Cali **declaró la nulidad de lo actuado en el trámite de la primera instancia, a partir del auto calendarado el 14 de julio de 2020, inclusive**. A su vez ordenó rehacer la actuación anulada, vinculando a las 224 personas que conforman el registro de elegibles según Resolución 5249 de 2020, así como las personas que ocupan las 172 vacantes definitivas declaradas desiertas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, a partir del proceso de selección No.437 de 2017, el Juzgado

2.5. Respuesta del Ministerio de Trabajo

Helen Barreiro Ospina, Coordinadora del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la entidad, manifiesta que no figura en su base de datos solicitud de autorización para terminar el vínculo con el Accionante. Afirman que no están facultados para reconocer derechos de carácter individual y económico.

2.6. Contestación de Positiva ARL.

Raúl Ernesto Gaitán Arciniegas, apoderado especial de la entidad, manifiesta que el señor Heliodoro Bermúdez de la Rosa, efectivamente tiene reportado accidente de trabajo ocurrido en julio de 2010, dejándole como consecuencia una pérdida de la capacidad laboral del 16.71% y que se le ha venido autorizando todo el tratamiento requerido.

Aducen que respecto de las pretensiones del accionante encaminadas al reintegro laboral es un tema del cual no le corresponde pronunciarse a esta entidad.

2.7. Respuesta de la Alcaldía de Santiago de Cali.

William Rodríguez Sánchez, Secretario de Educación de Cali, manifiesta que el señor Heliodo Bermúdez de la Rosa mediante Resolución No. 2697 del 30 de septiembre de 2004, fue nombró en provisionalidad en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 01, mientras se efectuaba la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos.

Informa además que el accionante no se encuentra desvinculado del cargo, ni ha dejado de percibir los salarios, pues a la fecha la persona que adquirió los derechos de carrera no se ha posesionado en el cargo.

Recalcan el carácter transitorio de los nombramientos en provisionalidad, y que el fuero constitucional opera frente a padecimiento de enfermedades catastróficas o de algún tipo de discapacidad debidamente calificada. Finalmente solicitan que la acción de tutela se declare improcedente, considerando que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es en la nulidad del acto administrativo que decide dar por terminado el nombramiento y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.8 Respuesta Comisión Nacional del Servicio Civil

CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA, asesor jurídico de la entidad, manifiesta que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no ha vulnerado en ningún sentido derecho fundamental alguno, ya que ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito, conocidas por todos los aspirantes al momento de inscribirse, y se han garantizado los derechos fundamentales que le asisten a los aspirantes que se encuentran concursando en el proceso de selección No. 437 de 2017- Valle del Cauca. 2. Además a la entidad no le corresponde excluir del Proceso de Selección empleos o vacantes en los que puedan encontrarse servidores con nombramiento en provisionalidad, como quiera que, por regla general, todos los empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva deben ser provistos mediante concurso de méritos.

Agrega que la vinculación que ostentaba el accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles. Que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

Así mismo, el accionante fue declarado insubsistente como consecuencia de los nombramientos en periodo de prueba efectuados producto de la lista de elegibles expedida por la CNSC el 8 de abril mediante la Resolución No. 20202320052495 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 396 vacantes definitivas del empleo, denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 74051, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca”, la cual quedó en firme el día 26 de mayo de 2020.

2.9 Respuestas personas que integran el registro de elegibles para ocupar el cargo Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 74051 y las que ocupan en provisionalidad el mismo cargo.

Que pese a haber sido vinculadas y notificadas a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Alcaldía de Santiago de Cali, de la admisión de la presente acción constitucional ninguna de las personas que integran el registro de

elegibles para ocupar el cargo Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 74051, ni las que ocupan en provisionalidad el mismo cargo, hicieron pronunciamiento alguno en el presente trámite dentro del término concedido para hacerlo.

III. Consideraciones

3.1. Competencia

Se encarga el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 de prescribir las reglas de competencia para conocer la acción de tutela a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurra la violación o la amenaza que motivaron la presentación de la solicitud.- A su vez para los efectos allí previstos el Decreto No. 1382 del 2000 estableció que los Jueces Municipales tendrán conocimiento de la acción de tutela que se interpongan contra **cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal** y contra particulares.

IV. Marco normativo y constitucional

Es a través de la acción de tutela en virtud de la cual toda persona puede reclamar en todo momento y lugar, personalmente o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que la acción u omisión de una autoridad pública o un particular, los vulnere o amenace, ello a través de un procedimiento preferente y sumario Art. 86 C. N. la acción mentada tiene desarrollo legal en los Decretos 2591 de 1991 306 de 1992 y 1382 de 2000, amén de la abundante jurisprudencia sobre la materia producida por los jueces constitucionales y especialmente por la Honorable Corte Constitucional.

La activación de la garantía de la estabilidad laboral reforzada exige que el empleador hubiere conocido de las afecciones de salud del trabajador retirado.

En la sentencia T-420 de 2015^[65] se analizó, como un presupuesto necesario para la protección de la estabilidad laboral reforzada, la exigencia de que el empleador conozca de los padecimientos de salud sufridos por el trabajador. Al respecto se determinó que, con el fin de evitar la interrupción en un tratamiento médico, el accionante debía ser reintegrado al trabajo debido al “*carcinoma basocelular nodular*” que padecía y a que el empleador conocía de esta situación en el momento en el que decidió no renovar su contrato. Para la Corte “(...) *la garantía del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador que presenta alguna limitación física, sensorial o psíquica implica la constatación de los siguientes presupuestos: (i) que el trabajador presente una limitación física, sensorial o psíquica (ii) que el empleador tenga conocimiento de aquella situación (iii) que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo*”^[66].

Se presume la discriminación cuando el empleador, conociendo la situación, retira del servicio a una persona que por sus condiciones de salud es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada.

Una tercera cuestión que se debe analizar en materia de estabilidad laboral reforzada, se centra en la construcción de la presunción de discriminación en contra del empleador que retira del trabajo a un sujeto que se encuentre en estado de incapacidad –transitorio o permanente-, de discapacidad o de debilidad

manifiesta. Si bien esta Corporación exigió en algunos pronunciamientos la carga del accionante en demostrar que el despido había obedecido a una discriminación y que en realidad existía un nexo causal entre la enfermedad padecida y el retiro, esta postura fue modificada posteriormente^[67].

En la sentencia T-692 de 2015^[68] la Corte hizo alusión a la presunción de discriminación y al cambio de jurisprudencia que determinó su nacimiento:

“(…) debe aclararse que si bien en un primer momento la jurisprudencia constitucional impuso como requisito para conceder el amparo a la estabilidad laboral reforzada la prueba de la conexidad entre el despido y la limitación del trabajador, con posterioridad la Corte desarrolló la inversión de esta carga, haciendo recaer sobre el empleador la necesidad de acreditar que el despido tuvo como causa razones distintas a la discriminación del empleado en razón de su debilidad manifiesta.

Como consecuencia de ello, se estructuró la presunción de despido discriminatorio, en cuya virtud se entiende que si una persona es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada y el empleador no ha logrado desvirtuar que fueron las circunstancias de debilidad manifiesta del trabajador las que dieron origen al despido sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, debe el juez constitucional concluir que con la terminación del vínculo laboral hubo una grave afectación a los derechos del empleado”.

De manera que, para esta Corporación si en sede de esta acción constitucional se logra establecer que la terminación del contrato de un trabajador se dio cuando se encontraba en estado de discapacidad, incapacidad o invalidez, sin la autorización de la autoridad competente, se deberá presumir que su causa fue la limitación física, psicológica o sensorial que padece y, por ello, que el despido es discriminatorio.

La estabilidad laboral reforzada se aplica frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante.

Una de las características esenciales del Estado Social de Derecho es su preocupación por la eficacia del derecho a la igualdad real y efectiva de todos sus habitantes. Para esta forma de Estado no es irrelevante que una persona se encuentre dentro de grupos tradicionalmente discriminados o marginados o dentro de colectivos desaventajados que no están en la posibilidad de realizar, en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad, sus derechos fundamentales. *“En el Estado social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas o marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos; promueva prácticas de inclusión social; y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material”^[26].*

Los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política imponen a las autoridades públicas la prohibición de cualquier diferenciación fundada en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; promover acciones afirmativas en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, en aras de garantizar de manera real y efectiva sus derechos.

El artículo 47 establece que *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*; el artículo 54 de la Constitución consagra como obligación del Estado, entre otras, *“garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*. Finalmente, el artículo 68 de la Constitución señala, entre otras cosas, que la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, es una obligación especial del Estado.

Sobre la base de igualdad de oportunidades, la educación supone para el ser humano, la oportunidad de adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, ello posibilita de manera real, participar, en igualdad de condiciones, en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el del trabajo, que son herramientas indispensables para lograr una especial calidad de vida.

En desarrollo de tales mandatos superiores, el derecho a la no discriminación y a la protección constitucional reforzada de las personas en situación de discapacidad^[28] ha sido plenamente reconocido por la legislación y la jurisprudencia. Para contrarrestar cualquier forma de discriminación basada en dicha condición, el legislador ha adoptado una serie de normas tendientes a materializar la protección especial aludida.

La **Ley 1346 de 2009**^[29] *“Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, define en su artículo 2° que se entenderá discriminación por motivos de discapacidad *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*; entendiéndose como ajustes razonables *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

En el artículo 9°, relaciona una serie de medidas que deben adoptar los Estados Partes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos *“los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones”*, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Igualmente, los obliga a promover, entre otros, *“el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet”*.

Más adelante, en el artículo 24, señala que los Estados Parte *“reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida”*. Al hacer efectivo este derecho, aseguran que *“a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de*

discapacidad; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”.

Igualmente, en el artículo 27 los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, así como “d) *Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad”.*

La estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Reiteración de jurisprudencia

Como ya ha sido señalado, la creación de un régimen de carrera para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza (general o especial), exige que el acceso y la permanencia en estos se logre, exclusivamente, con base en el mérito, a través de un proceso de selección en el que se evalúen los competencias y calidades de los aspirantes, de acuerdo con la regulación establecida por el legislador para el efecto.

Sobre esa base, quienes superen satisfactoriamente todas las etapas de un concurso para acceder a cargos públicos e integren el registro de elegibles, adquieren, entre otras prerrogativas, el derecho a la permanencia y estabilidad en el empleo para el cual aspiraron, de tal suerte que solo procederá su *retiro* por razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley (art. 125, inciso 4º Const.)^[18]. A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte^[19], si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo^[20], tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados

pronunciamientos^[21], 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^[22].

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”^[23].

Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, *“concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”^[24].*

En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos.^[25] Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

En efecto, al resolver acerca de la discrecionalidad del Fiscal General de la Nación para definir los cargos específicos de esa entidad que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de los servidores en situación de debilidad manifiesta, en el mencionado fallo la Sala Plena sostuvo que:

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no 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. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”.

En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.

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.

IV. Caso Concreto

En el caso sometido a estudio el accionante relata que mediante Resolución No. 2697 del 30 de septiembre de 2004 fue nombrado en provisionalidad como auxiliar de servicios generales código 470 Grado 01, en la Alcaldía del Municipio de Cali. Manifiesta que el 14 de julio de 2010 sufrió accidente laboral por lo cual actualmente se encuentra en tratamiento médico

Informa que como consecuencia del **proceso de selección No. 437 de 2017**, por concurso de méritos, con OPEC 74051 publicada en el SIMO de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ofertaron 396 vacantes definitivas para proveer cargos de auxiliar de servicios generales de la Alcaldía de Santiago de Cali, se conformó registro de elegibles para 224 y se declaró desiertas 172. Aduce que dado su estado de salud y por encontrarse vacantes disponibles para nombramientos en provisionalidad, la Alcaldía de Cali debe reubicarlo.

Por su parte, la **Alcaldía de Cali**, informa que el señor Heliodo Bermúdez de la Rosa mediante Resolución No. 2697 del 30 de septiembre de 2004, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 01, mientras se efectuaba la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos. Agregan que el accionante no se encuentra desvinculado del cargo, ni ha dejado de percibir los salarios, pues a la fecha la persona que adquirió los derechos de carrera no se ha posesionado en el cargo.

Recalcan el carácter transitorio de los nombramientos en provisionalidad y que el fuero constitucional opera solo frente a padecimiento de enfermedades catastróficas o de algún tipo de discapacidad debidamente calificada. Finalmente solicitan que la acción de tutela se declare improcedente, considerando que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es la nulidad del acto administrativo que decide dar por terminado el nombramiento y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A su vez, la Comisión Nacional del Servicio Civil argumenta que no han vulnerado en ningún sentido derecho fundamental alguno, ya que ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito, conocidas por todos los aspirantes al momento de inscribirse, y se han garantizado los derechos fundamentales que le asisten a los aspirantes que se encuentran concursando en el proceso de selección No. 437 de 2017- Valle del Cauca. 2. Además a la entidad no le corresponde excluir del Proceso de Selección empleos o vacantes en los que puedan encontrarse servidores con nombramiento en provisionalidad, como quiera que, por regla general, todos los empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva deben ser provistos mediante concurso de méritos.

Agrega que la vinculación que ostentaba el accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles. Que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible. Así mismo, el accionante fue declarado insubsistente como consecuencia de los nombramientos en periodo de prueba efectuados producto de la lista de elegibles expedida por la CNSC el 8 de abril mediante la Resolución No. 20202320052495, la cual quedó en firme el día 26 de mayo de 2020.

Al respecto y con fundamento en el material probatorio allegado este juez constitucional pudo establecer que efectivamente mediante Resolución No. 2697 del 30 de septiembre de 2004, el señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa** fue nombrado en provisionalidad en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 01, cargo del cual tomó posesión el 20 de octubre de 2004.

Que en el año 2017 se adelantó el **proceso de selección No. 437**, por concurso de méritos, para proveer 396 vacantes definitivas para cargos de auxiliar de servicios generales de la Alcaldía de Santiago de Cali, en razón de lo cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó registro de elegibles para proveer 224 de ellas y declaró desiertas las otras 172.

Que mediante **Decreto No. 4112.010.20. 1083 del 8 de junio de 2020** junio se nombró en periodo de prueba al señor Ángel Antonio Ortiz Leal, identificado con la C.C. No. 16.778.874 y se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa**. Decisión que fue comunicada al accionante, en la cual, se le informa que una vez la persona nombrada en período de prueba tome posesión se hará efectiva la terminación de su nombramiento. Se conceden 10 días hábiles al nombrado para aceptar y otros diez días hábiles para tomar posesión del cargo.

Que el señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa**, tiene **72 años edad** y por su avanzada edad le asiste especial protección por parte del Estado por mandato constitucional, al encontrarse en situación de indefensión y debilidad manifiesta en cuanto a su salud se refiere. Que en el mes de julio de 2010 sufrió un accidente de trabajo, producto del cual, fue calificado con una Pérdida de Capacidad Laboral del 16.71% y actualmente recibe tratamientos médicos de parte de la ARL Positiva.

Que el accionante quedó desvinculado del cargo que ocupaba y dejó de percibir el salario que devengaba, luego de comunicársele el acto administrativo por medio del cual fue nombrado en período de prueba una persona del registro de elegibles, razón por la cual atendiendo su edad (**72 años**), la **Pérdida de Capacidad Laboral del 16,71%** que presenta y que actualmente recibe atención y tratamiento médico por parte de la ARL con ocasión del accidente laboral que sufrió en el año 2010, goza de **estabilidad laboral reforzada**. Así mismo atendiendo lo previsto en el **artículo 4º** de la **Ley 1361 de 1997**, considera este juez en sede constitucional que debe intervenir a fin de proteger los derechos fundamentales del acto, sumado al hecho que la Comisión Nacional del Servicio Civil declaró desiertas 172 vacantes definitivas, las cuales deberán ser sometidas nuevamente a concurso de méritos, pudiéndose proveer mientras tanto en provisionalidad las mismas, más las vacantes que se han producido con posterioridad al inicio del concurso de méritos y que no fueron ofertadas.

En este orden de ideas, se concederá el amparo constitucional invocado por el señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa**, en garantía y protección de los derechos fundamentales **al Mínimo Vital, al Trabajo, a la Seguridad Social, a la Dignidad Humana y a la Estabilidad Laboral Reforzada**, en consecuencia se ordena al **Ordenar al Alcalde Distrital de Santiago de Cali** nombre en provisionalidad al señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa** en un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando, dentro de las vacantes definitivas declaradas desiertas por la Comisión Nacional del Servicio Civil o de las vacantes que se han producido con posterioridad que se han producido con posterioridad al inicio del concurso de méritos y que no fueron ofertadas

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Oralidad de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Conceder el amparo constitucional invocado por el señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa**, en garantía y protección de los derechos fundamentales **al Mínimo Vital, al Trabajo, a la Seguridad Social, a la Dignidad Humana y a la Estabilidad Laboral Reforzada**, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

Segundo: Ordenar al **Alcalde Distrital de Santiago de Cali** que nombre en provisionalidad al señor **Heliodoro Bermúdez de la Rosa** en un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando, dentro de las vacantes definitivas declaradas desiertas por la Comisión Nacional del Servicio Civil o de las vacantes que se han producido con posterioridad al inicio del concurso de méritos y que no fueron ofertadas

Tercero: Notifíquese esta providencia a las partes en los términos prescritos por el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Acción de Tutela: 76001-40-03-017-2020-00279-00

Accionante: Heliodoro Bermúdez de la Rosa

Accionado: Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaria de Educación Municipal

Sentencia de Tutela del 31 de agosto de 2020

Cuarto: COMISIONAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para que notifiquen la presente sentencia a las personas que conforman el registro de elegibles según Resolución 5249 de 2020, para el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, del proceso de selección No.437 de 2017, remitiéndoles copia del escrito de tutela y los anexos respectivos. Del cumplimiento de dicha comisión deberán informar al Juzgado.

Quinto: COMISIONAR a la **ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** para que notifiquen de la presente sentencia a las personas que ocupan las 172 vacantes definitivas declaradas desiertas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 1, a partir del proceso de selección No.437 de 2017, remitiéndoles copia del escrito de tutela y los anexos respectivos. Del cumplimiento de dicha comisión deberán informar al Juzgado.

Sexto: De no ser impugnada esta decisión dentro del término legal, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase



Iván Alexander Martínez Parra
Juez