



ACCIÓN DE TUTELA

Rad. No. 2022-00034-00

ACCIONANTE: JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA por conducto del apoderado judicial Dr. GERARDO MENDOZA MARTÍNEZ

ACCIONADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO – SECRETARÍA DE EDUCACION MUNICIPAL

Veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede el Juzgado Tercero Civil Oral Municipal de Sincelejo a decidir sobre la acción de tutela interpuesta por la señora **JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA** por conducto del apoderado judicial Dr. **GERARDO MENDOZA MARTÍNEZ** contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO – SECRETARÍA DE EDUCACION MUNICIPAL**, a efecto que se le proteja sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y móvil, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, debido proceso e igualdad material.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS RELEVANTES

El accionante sustentó la solicitud de acción de tutela en los siguientes hechos básicos:

- 1.1.1. Que la señora JACKELINE PEREZ PALENCIA padece de "*LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO CON COMPROMISO DE ORGANOS, TRANSTORNO DEPRESIVO, FIBROMIALGIA CRONICA, DOLOR CRONICO INTRATABLE A NIVEL ARTICULAR Y MUSCULAR, TRANSTORNO ESQUIZOAFECTIVO Y RASGOS PSICOTICOS*", y ha venido prestando sus servicios en la Secretaria de Educación Municipal, nombrada en provisionalidad desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 15 de diciembre de 2021, y desempeñando funciones de auxiliar administrativo, código 407, grado 33 en este ente territorial.
- 1.1.2. Que en el Dictamen Médico Laboral N° 64572947-363 del 26 de febrero de 2019, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, se determinó la pérdida de capacidad laboral de la señora JACKELINE PEREZ en un porcentaje equivalente a 66,20% y con fecha de estructuración del 23 de noviembre de 2017, dictamen médico que se encuentra en firme.
- 1.1.3. Que por Decreto No. 866 del 15 de diciembre de 2021, del MUNICIPIO DE SINCELEJO - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL la señora JACKELINE PEREZ fue declarada insubsistente y retirada de su cargo, sin derecho a ejercer una defensa legitima, ya que dicho acto administrativo no contempló ningún tipo de recurso en la actuación administrativa para ser controvertido.
- 1.1.4. Que recientemente el gobierno nacional, expidió el decreto 1415 de 2021, el cual modificó el artículo 2.2.12.1.2.2 del decreto 1083 de



2015, por medio del cual el Estado colombiano estableció unas pautas en relación a la protección que deben recibir ciertos trabajadores en los eventos de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos señalando que los jefes de talento humano o quienes hagan sus veces analizarán, dentro del estudio técnico correspondiente de la modificación de la planta de personal permanente o temporal, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial, y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

- 1.1.5. Que la señora JACKELINE PEREZ es beneficiaria de la protección laboral introducida por el decreto 1415 de 2021, toda vez que padece afecciones psíquicas y mentales, las cuales hacen que se posicione dentro del grupo de servidores públicos a los que se refiere la norma citada. Que la Ley 361 de 1997 establece los mecanismos de integración social de las personas con limitación y ordenó al Estado adoptar medidas a favor de grupos discriminados, en especial aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con el fin de que no sean objeto de marginación.
- 1.1.6. Además la Corte constitucional ha reiterado que las personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta incluso si no cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, son sujetos de especial protección constitucional, y que por dicha razón son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, como mecanismo de protección y garantías de igualdad e inclusión social.
- 1.1.7. Que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 determinó la prohibición de despedir a una persona que presenta alguna limitación física, sensorial o psíquica sin autorización del Ministerio del Trabajo y que en el evento en que se produzca tal desvinculación, el empleador debe pagar al trabajador una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las otras prestaciones que establezca la legislación en materia laboral. Igualmente en Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha precisado que no obstante haberse realizado la desvinculación de un trabajador en estado de discapacidad, o con alguna limitación física, mental o sensorial, sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo, no solo resulta obligatoria la declaratoria de ineficacia del despido y el consecuente reintegro y pago de las prestaciones dejadas de percibir, sino además, el pago de la correspondiente indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.
- 1.1.8. No obstante el MUNICIPIO DE SINCELEJO procedió a dar por terminado de forma definitiva la relación laboral en provisionalidad, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, lo cual constituye una violación de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la seguridad Social, entre otros.





- 1.1.9. Que la actuación del MUNICIPIO DE SINCELEJO constituye un acto de discriminación y de violación al derecho de igualdad de la señora JACKELINE PEREZ, toda vez que no existe una justificación técnica para que dicha entidad diera por terminada la relación laboral y no reubicara a su prohijada en un cargo de igual o superior jerarquía, teniendo en cuenta, que de acuerdo con la naturaleza de esa entidad, la mano de obra de auxiliares administrativos sigue requiriéndose, y es de pleno conocimiento por parte de la entidad accionada, de la enfermedad que padece su representada, lo que presume una actuación discriminatoria por parte de la entidad en razón a las condiciones de salud de la actora a su representada.
- 1.1.10. Que de acuerdo con lo previsto en la jurisprudencia en cita, le resulta obligatorio a la entidad accionada, mantener y/o prorrogar el nombramiento en provisionalidad en puestos de trabajo que se encuentren vacantes, por ser beneficiaria la señora JACKELINE PEREZ de la garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada, y no existir una justa causa para ser declarada insubsistente.
- 1.1.11. Que respecto a la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, la jurisprudencia constitucional, ha considerado que la misma procede excepcionalmente como mecanismo principal o transitorio, para garantizar la estabilidad laboral reforzada de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

1.2 DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Manifiesta el accionante que se han vulnerado los derechos fundamentales de su representada al trabajo, al mínimo vital y móvil, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, debido proceso e igualdad material.

En consecuencia solicita que se ordene a la SECRETARÍA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SINCELEJO a reintegrar y/o reubicar a la señora JACKELINE ISABEL PEREZ, en iguales o mejores condiciones que las que venía disfrutando en su nombramiento anterior, advirtiendo que esta vinculación deberá prorrogarse hasta tanto no exista una razón objetiva que permita nombrar a mi prohijada insubsistente, de conformidad con lo establecido por el decreto 1415 de 2021.

Además que se ordene cancelar los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde la desvinculación laboral de la actora hasta cuando se verifique su reingreso a la entidad accionada, y cancelar la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, correspondiente a 180 días de salario.



1.3 TRAMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto calendado el día 2 de febrero de 2022, y se profirió sentencia el día 14 de febrero de 2022 a través de la cual se concedió amparo y se ordenó reintegro de la accionante, condicionado a la existencia de vacantes disponibles y la previa radicación de solicitud pensión por invalidez.

Que por solicitud de impugnación, se remitió expediente digital al JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, en donde se profirió auto fechado el día 22 de marzo de 2022 ordenando decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio, para que se vinculara al trámite de tutela a los miembros de la lista de elegible para el cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 40-7 Grado 33, Código OPEC 54765.

En virtud de lo cual se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, notificando a los interesados vinculados, por conducto de la Comisión nacional del Servicio Civil.

Además se ordenó vincular a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que ejerza su derecho a la defensa e indique si la señora JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA inició ante esa entidad, trámite de pensión por invalidez.

Del traslado surtido se tiene que las entidades accionadas rindieron su informe, y la Comisión Nacional del Servicio Civil remitió constancia de publicidad a los interesados.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Alcances del amparo constitucional por estabilidad laboral reforzada – Reglas jurisprudenciales:

La Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de estudiar la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de debilidad manifiesta señalando en sus decisiones el cuidado especial de esta población, por su vulnerabilidad.

En **sentencia T 342 de 2021** explicó en cuanto al régimen laboral de quienes se encuentran nombrados en provisionalidad, en cargos de carrera administrativa que:

*"7.1. Como fue señalado previamente, la Constitución de 1991 otorgó al derecho al trabajo un amplio margen de protección, el cual incluye el principio de estabilidad en el empleo. Esta garantía, en el caso particular de quienes ocupan cargos en provisionalidad, está revestida de un carácter relativo. Esto obedece a que el constituyente estableció en el artículo 125 de la Carta que **"los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera"**, de manera que*



las condiciones de ingreso y permanencia en cargos públicos está sujeto al mérito y no a la discrecionalidad del nominador. ^[58]

7.2. Por tanto, cuando el principio de estabilidad en el empleo involucra cargos públicos, debe analizarse bajo la perspectiva de la carrera administrativa, que es el mecanismo preferente para la gestión de los empleos públicos. Esto quiere decir que cuando una persona es nombrada en provisionalidad, su permanencia en ese cargo depende de la implementación de ese mecanismo, justamente porque lo que se privilegia en la Carta es el ingreso al empleo público a través de los concursos de méritos.

7.3. En este sentido, esta Corporación ha reiterado que cuando la terminación del vínculo en provisionalidad ocurre como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, **no se desconocen 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". ^[59]

7.4. Esto significa que el derecho a la estabilidad en el empleo para quien ha sido vinculado a través de un nombramiento en provisionalidad está condicionado "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". ^[60]

7.5. En este contexto, la estabilidad laboral relativa o intermedia que ampara a los funcionarios que ejercen cargos en provisionalidad está dirigida a asegurar que solo puedan ser retirados a través de un acto administrativo debidamente motivado, en el que consten las razones de dicha decisión, ^[61] pues "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello."

7.6. En consecuencia, **una motivación del acto administrativo de desvinculación que se ajuste a la Constitución es justamente el nombramiento de la persona que se encuentra en la lista de elegibles**. No obstante, en virtud de los mandatos constitucionales que amparan a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, quienes se encuentren ocupando un cargo en provisionalidad y se enfrentan a su posible desvinculación con ocasión de un concurso de méritos, tienen derecho a una protección especial, como se explicará a continuación.

8.1. Esta Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que la persona que ocupaba un cargo con nombramiento provisional estaba en debilidad manifiesta por razones de salud. En esas circunstancias, esta Corporación ha definido que, **si bien las personas que desempeñan un cargo**



público en provisionalidad no tienen derecho a permanecer en el mismo de manera indefinida, "si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales".^[62]

8.2. De manera 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".^[63]

8.3. En la sentencia **SU-446 de 2011**,^[64] esta Corporación señaló que para las **personas en situación de discapacidad** que fueron desvinculadas con ocasión del nombramiento de quienes ganaron el concurso de méritos para ocupar cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación, "la entidad ha debido prever mecanismos para garantizar que estas personas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien 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".

8.4. En el año 2017, la Sala Séptima de Revisión analizó la desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba en provisionalidad un cargo de docente.^[65] Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demanda debió "prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de la salud". Por tanto, allí se ordenó que la actora fuese nuevamente vinculada en un cargo vacante y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, "se deberá afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador".

8.5. En la sentencia **T-464 de 2019**,^[66] la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una mujer nombrada en provisionalidad en el ICBF, quien fue desvinculada debido al nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos, cuando se encontraba enferma y estaba en curso una incapacidad



médica. En esa oportunidad se determinó que no era posible ordenar el reintegro de la actora, pues ello vulneraría derechos de la persona que ganó el concurso; sin embargo, consideró que en el evento de que hubiese vacantes disponibles en el momento de notificación de la providencia o en el caso de vacantes futuras en provisionalidad, el ICBF debía nombrar a la actora en un cargo igual o equivalente al que ocupaba antes de su retiro.

Además, es preciso destacar que en este caso el juez de tutela de primera instancia ordenó al ICBF continuar con el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud para que la actora pudiese continuar con el tratamiento médico que venía adelantando. Sobre este asunto en particular, la Sala estimó que "no existe vínculo laboral que obligue al ICBF a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema" y, además, agregó que esa no fue la pretensión expuesta en el escrito de tutela.

2.2. Procedencia de la acción de tutela en relación a la estabilidad laboral reforzada.

Dado el carácter subsidiario del mecanismo Constitucional, éste no sería procedente para enfrentar situaciones en las que ya exista un mecanismo judicial, como es el caso de las disputas laborales, las cuales tienen su estancia en la Jurisdicción contenciosa administrativa o en la laboral dependiendo de cuál sea la situación.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado que existen unos casos en los cuales, por su especial situación es posible salir de lo enmarcado y proceder a estudiar de fondo la situación siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. Así, cuando se trata del estudio de la estabilidad laboral reforzada este Alto Tribunal estableció en la reciente **sentencia T 325 de 2018** que:

"Como se señaló anteriormente, la acción de tutela es un mecanismo creado para la protección inmediata de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o en riesgo de serlo. Sin embargo, es una herramienta residual que no puede reemplazar los medios judiciales ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierte en un instrumento supletorio cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, salvo que no resulten idóneos ni eficaces para amparar las garantías constitucionales. Ahora bien, se puede utilizar como mecanismo transitorio de protección de derechos cuando se está ante un perjuicio irremediable que hace urgente la intervención del juez constitucional.

16. En cada caso en particular se deben tener en cuenta las condiciones particulares de la persona cuyo derecho está siendo presuntamente vulnerado, así como los supuestos fácticos que generaron la conducta vulneradora y la efectividad de los mecanismos ordinarios para proporcionar una garantía oportuna y eficaz en el momento de existir un desconocimiento de los derechos invocados. El hecho de existir un mecanismo de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico para dirimir la controversia ante el juez constitucional, no



es óbice para que el juez de tutela conozca del asunto si se requieren acciones urgentes^[23].

17. En el caso específico de los reintegros laborales, la Corte ha establecido que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para ventilar controversias de esta naturaleza^[24]. Sobre este particular, la sentencia T-341 de 2009 indicó que "La jurisprudencia de esta corporación ha establecido que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, sin miramientos a la causa que generó la terminación de la vinculación respectiva, al existir como mecanismos establecidos la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, según la forma de vinculación del interesado, salvo que se trate de sujetos en condición de debilidad manifiesta, como aquéllos a quienes constitucionalmente se les protege con una estabilidad laboral reforzada".

18. En relación con las personas que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la jurisprudencia constitucional ha considerado que estas son los menores de edad, los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados. No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital o de causarse un perjuicio irremediable.

En **Sentencia T 170 de 2019**, señala sobre el perjuicio irremediable que:

"las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, **el examen de procedencia de la tutela se hace**



menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, **pero no menos rigurosos**[165].

16. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que **el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.**

La jurisprudencia constitucional ha establecido que para la configuración de un perjuicio irremediable es necesario que concurren los siguientes elementos: "(i) **inminente**, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) **grave**, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera **medidas urgentes** para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea **impostergable** a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad."

3. CASO CONCRETO

Corresponde a este Juzgado definir si se han vulnerado los derechos fundamentales de la señora JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA al trabajo, al mínimo vital, vida digna, seguridad social estabilidad laboral reforzada, por parte de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SINCELEJO, al declarar insubsistente el cargo que venía ostentando en esa entidad, sin tener en cuenta su estado de salud actual.

A la solicitud de tutela se adjuntó: **i)** copia de cédula de ciudadanía de la señora JACKELINE ISABEL PEREZ con la que se puede determinar que tiene 48 años de edad, **ii)** copia de Acta de Posesión No 3045 de 2 de mayo de 2013 en el cargo de Auxiliar Administrativa Código 407 grada 33 de la planta Empleados de la Alcaldía de Sincelejo - SGP, adscrito a la Secretaría de Educación - Establecimiento Educativo al cual fue incorporado por Decreto N° 239 de fecha 29 de Abril de 2013; **iii)** copia de Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional expedida por la Junta de Calificación de Invalidez de Bolívar el día 26 de febrero de 2019 en el que se determinó un porcentaje de 66,20%; **iv)** copia de comunicación de la ejecutoria y constancia de ejecutoria.

Además aportó **v)** copia de comunicación declaratoria de insubsistencia proferida el día 21 de diciembre de 2021 por el Director de Talento Humano de la Alcaldía de Sincelejo en cumplimiento a lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución de Lista de Elegibles N° 9359 del 11 de noviembre de 2021, publicada en la página web el día 18 de noviembre de 2021; **vii)** y copia de Decreto 866 de 15 de diciembre de 2021 por el cual se declara



insubsistente del cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 40-7 Grado 33, Código OPEC 54765, a la ciudadana JACKELINE ISABEL PEREZ.

Del traslado surtido se tiene que la SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SINCELEJO rindió su informe por conducto del titular de despacho señor JOHN MANUEL OVIEDO PEREZ el día 31 de marzo de 2022, en el cual indicó en primer lugar que en este caso no se cumple con el requisito de procedencia de la acción de tutela por cuanto existe en el ordenamiento legal la acción de Nulidad Y Restablecimiento del Derecho al tenor de la cual *"Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho..."* Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así mismo, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece en el inciso primero una de las causales de improcedencia, el cual dispone: *"cuando existan otros recursos o medios de defensas judiciales..."* por lo que está completamente claro que la accionante cuenta con otra alternativa judicial diferente a la tutela.

Por otro lado aduce que esa entidad ha sido respetuosa de los derechos fundamentales de la actora, que el procedimiento consistente en la ejecución del acto administrativo en la que se declaró la insubsistencia de su cargo, se realizó obedeciendo principalmente al debido proceso administrativo.

Que de acuerdo con lo expresado por la accionante en el hecho tercero, sobre un estado de invalidez superior al 66,20%, advierte que no sería viable realizar el reintegro de la accionante, puesto que a la misma le asiste un mejor derecho como lo es la pensión de invalidez pues conforme lo señala la ley 100 de 1993 *"Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez"*.

Por lo que la accionante cuenta con el tiempo (Semanas Cotizadas) y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (66,20%), así como lo dictamina la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, el 26 de febrero de 2019, y quedado en firme el 4 de junio de 2019, para acceder a la PENSIÓN DE INVALIDEZ, así las cosas, en el caso sub judice no encuentra asidero jurídico el reintegrar a una persona que cuenta con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, la cual se ajusta más a su actual condición y capacidad de trabajo.

Con respecto a la solicitud de reintegro y/o reubicación por parte de la actora, en un cargo de igual o mayor jerarquía, esta petición sería contrario a lo consagrado en sentencia de unificación 446 de 2011, y violaría los principios de



la carrera administrativa, los procesos de selección, evaluación del desempeño, calificación, capacitación, ascenso a los cargos públicos, y en general viola los preceptos constitucionales consagrados en nuestra carta política pues abriría la puerta a que se olvide el esfuerzo y el mérito de quienes concursaron. En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, la cual está 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.

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

Afirma que no es posible mantener vinculada a la accionante mientras se surte la lista de elegibles, dado que la totalidad de aspirantes manifestaron su aceptación al cargo, incluyendo el suyo, con lo que quedan provistos los cargos ofertados en la convocatoria pública, y además la lista de elegibles está conformada por 374 personas y tiene una vigencia por 2 años, que no hay en la actualidad ninguna vacante y que de generarse alguna tendría que ser provista por quienes integran la lista de elegibles; suponiendo claro está que le asista derecho, situación que en este caso no aplica, como quiera que la accionante cuenta con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Aportó con su informe Resolución Nº 9359 de 11 de noviembre de 2021 por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer 43 vacantes definitivas del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 33, identificado con el Código OPEC No. 54765 del Sistema General de Carrera Administrativa.

Por su parte la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES rindió su informe por conducto de su Directora de Acciones Constitucionales Dra. MALKY KATRINA FERRO AHCAR el día 30 de marzo de 2022 en el cual indicó que revisadas las bases de datos y aplicativos con las que cuenta esa entidad, no se evidencia ninguna petición pendiente por resolver al accionante relacionada con la pensión de invalidez o solicitud de la misma, teniendo en cuenta que las peticiones relacionadas con la calificación de la pérdida de capacidad laboral fueron resueltas mediante la expedición del dictamen DML 555 del 02/11/2018, en el cual se determinó una Pérdida de Capacidad Laboral del 58.05% con fecha de estructuración del 23/11/2017 y el cual fue notificado.



De acuerdo a lo anterior la accionante presento manifestación de inconformidad contra el dictamen emitido por esa administradora en los términos para tal fin y se procedió al pago de honorarios y remisión del expediente a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION, la cual emitió el dictamen No 64572947- 363 del 26/02/2019, en el que se determinó una Pérdida de Capacidad Laboral del 66.20% con fecha de estructuración del 23/11/2017, dictamen frente al cual no se evidencia que se haya presentado inconformidad. Posterior a esto no se evidencia ninguna petición solicitando la pensión de invalidez.

Además aduce que carece de legitimidad por pasiva por cuanto Colpensiones no puede atender lo solicitado por la accionante en el presente trámite de tutela, teniendo en cuenta que lo solicitado no va dirigido contra esa Administradora y además no se tienen la competencia para entrar a responder por lo requerido. Aportó con su informe los dos dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL remitió mensaje de correo electrónico con link de consulta, en el que se puede evidenciar la publicidad de la acción de tutela a los 374 miembros de la lista de elegibles y a cualquier persona interesada.

Pues bien, antes de iniciar a dilucidar de fondo los hechos en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante, es necesario hacer el correspondiente estudio en relación a la procedencia de la tutela.

De acuerdo a la Jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, la acción de tutela sería improcedente en este caso, por cuanto existe la vía contenciosa administrativa para declarar la nulidad del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia y el restablecimiento del derecho, salvo claro está que se esté frente a una circunstancia de tal envergadura que pueda llegar a ocasionarse un perjuicio irremediable.

En el caso bajo estudio se trata de una persona con dictamen de calificación del 66,20% de invalidez, por lo que evidentemente se trata de una persona en situación de debilidad manifiesta, por su situación de discapacidad y por la enfermedad que padece. Luego entonces la acción de tutela es el mecanismo idóneo en su caso, dado que frente a su situación particular de estado de salud no le permite esperar los términos perentorios de una acción judicial diferente.

Ahora bien, quedó establecido que la señora JACKELINE ISABEL PEREZ se encontraba vinculada desde el año 2013 en la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo en provisionalidad, que por diagnóstico de Lupus y posterior, trastorno de depresión, fue calificada por la Junta Regional de Invalidez y le fue determinado un 66,20% de pérdida de capacidad laboral en el año 2019, con fecha de estructuración de 23 de noviembre de 2017, pero a la fecha no ha solicitado pensión por invalidez conforme lo indica COLPENSIONES; y que en



diciembre de 2021 fue declarada insubsistente en su cargo debido a la posesión de quién ocupa los primeros lugares de la lista de elegibles, que por concurso de méritos se conformó para el ente territorial por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de calificar conocimientos, experiencia y capacitación de quienes participaron.

Que el inconformismo de la accionante radica en que el Municipio de Sincelejo no tuvo en cuenta su situación de debilidad manifiesta, no ejerció acciones afirmativas en su caso y la declara insubsistente sin permitirle presentar recurso en contra de dicho acto administrativo, y que tampoco la posesionan en otro cargo de igual o mejor condición, por lo que a su juicio, las causales de terminación de la relación laboral no son objetivas y son producto de la discriminación por su estado de salud.

Sea necesario precisar que, en términos generales el Estado Colombiano ha propiciado la contratación y permanencia del empleo estableciendo para cierto grupo de personas, un fuero de especial de protección laboral reforzada por salud, edad o condición de padre o madre cabeza de familia, lactancia o maternidad. En ese sentido, y en el marco de la protección frente a la discriminación, se han establecido una serie de requisitos y condiciones para la terminación de una relación laboral con una persona en discapacidad o en estado de indefensión, pero ello no constituye una prohibición indefinida para terminar un contrato laboral. Lo que supone son acciones afirmativas en aras de hacer menos gravosa la situación del trabajador frente a la necesidad de prescindir de sus servicios, por lo que en condiciones generales, deberá solicitarse ante el Ministerio del Trabajo, autorización para despido exponiendo sus motivos, que en todo caso deberán ser visiblemente objetivos, y no por sus limitaciones o estado de salud.

En el empleo público existen otras características y/o circunstancias por las cuales se puede generar la terminación de la relación laboral, entre ellas la falta de necesidad de un servicio y en el caso de los empleos en provisionalidad, la posesión de quién ocupa el primer lugar de la lista de elegibles en concurso de méritos. Circunstancia, que lejos de obedecer a un acto discriminatorio, es una causa visiblemente objetiva de terminación del empleo, toda vez que obedece a los principios constitucionales en relación al mérito y al empleo público y ninguna otra característica o circunstancia es superior, pues tal como se cita en la parte considerativa de esta sentencia, la estabilidad laboral de quienes se encuentran ocupando cargos en provisionalidad es relativa.

Afirmar que una persona puede mantenerse en un cargo por el sólo hecho de padecer una enfermedad, o por su edad, por su embarazo, o por su precaria situación económica, es del todo contrario al mérito que la Constitución Política de 1991 estableció. Lo cargos públicos no pueden ser provistos por circunstancias personales o familiares, sino por mérito.

Lo que en jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dispuesto como protección a este grupo de personas, son las acciones afirmativas para que al



empleado se menoscabe, en lo menos posible, su situación que ya es difícil, por su debilidad manifiesta. Señala el Alto Tribunal Constitucional como acciones afirmativas, el permitirles en ser los últimos en retirarse de su cargo, el poder ubicarlos en otra vacante temporal o definitiva hasta tanto superen su estado de debilidad o al menos el seguirles pagando la seguridad social; todo dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso en concreto pues ello no se trata de una generalidad aplicable en todos los eventos, sino una protección excepcional, entendiendo que a pesar de la prevalencia del mérito no se puede obviar a quienes presentan un estado de vulnerabilidad.

Ahora bien, en el asunto bajo estudio la señora JACKELINE ISABEL PEREZ le fue reconocido el 66,20% de pérdida de capacidad laboral, en Dictamen que se encuentra en firme, y que los requisitos para obtener pensión de invalidez para mayores de 20 años de edad, además del dictamen, es haber cotizado 50 semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.¹

A la fecha, no explica la accionante, y su apoderado, las razones por las cuales desde el año 2019 no ha solicitado la pensión por invalidez, teniendo en cuenta que se posesionó en el año 2013 y a noviembre de 2017 habrían transcurrido más de 3 años de cotización, aún menos después de conocer que se desarrolló concurso de méritos, que se publicó lista de elegibles y aún luego de comunicarle declaratoria de insubsistencia, que no hay vacantes donde reubicarla y las que se generen tendrán que ser provistas por mérito.

Por otro lado, la Secretaría de Educación Municipal probó que en la lista de elegibles para proveer 43 vacantes definitivas del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 33, hay 374 personas que se posesionarían en su orden, en las vacantes existentes sólo para ese cargo en particular. Luego entonces las vacantes son escasas frente a la cantidad de personas que pasaron el concurso, y es claro que frente a todos los cargos que fueron ofertados ante la Comisión Nacional del Servicio Civil se presenta la misma circunstancia de prevalencia del mérito.

Si bien la entidad tampoco probó haber hecho ninguna de las acciones afirmativas descritas por la Corte en **sentencia T 342 de 2021**: “*primero, identificar plazas disponibles para reubicar a la persona en debilidad manifiesta por razones de salud y nombrada en provisionalidad; y, segundo, en caso de que esto no sea posible, asegurarse de que estas personas sean las últimas en ser desvinculadas.*”, se tiene que la Ley 960 de 2019 introdujo algunas modificaciones en cuanto al nombramiento de personas en propiedad, estableciendo que en los casos en los cuales, el número de elegibles supere el número de vacantes para un cargo, la entidad deberá usar la lista de elegibles

¹ <https://bogota.gov.co/servicios/guia-de-tramites-y-servicios/pension-de-invalidez-en-el-regimen-de-primaria-media-con-prestacion-definida>.



mientras esté vigente, para proveer cualquier vacante que se genere de manera posterior, aún si esta no ha sido sometida a concurso.

Así lo explica la **sentencia T 340 de 2020** al señalar que:

"3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

*El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, **con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"**. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación."*

Así las cosas en este caso no sería posible el reintegro de la accionante ante la falta de una vacante no provista no sometida a concurso y transitoria, por cuanto los cargos ofertados fueron aceptados por los aspirantes de la lista, que supera en número a la cantidad de vacantes y que además tiene una vigencia de dos años, con el agravante que cualquiera que se genere de manera posterior, tendrá que ser provista por la lista conforme lo señala la Ley 960 de 2019.

No obstante, se encuentra vulnerado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante por cuanto la ALCALDÍA DE SINCELEJO no realizó las acciones afirmativas para la protección de la señora JACKELINE ISABEL PEREZ por su situación de debilidad manifiesta, al tenerse que ante la imposibilidad de mantenerla en el cargo o en otro, debió seguirse pagando la seguridad social hasta tanto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES decida de fondo y quede en firme la respectiva resolución que resuelva solicitud de pensión por invalidez, sin importar lo que decida.

Si bien el apoderado de la accionante aduce que conminarle a solicitar su pensión de invalidez, es imponerle cargas adicionales que vulnera su derecho a la igualdad, deberá tenerse en cuenta que en este no se encuentra acreditado una sola circunstancia en la que pueda evidenciarse discriminación hacia la actora,



pues como se dijo, la declaratoria de insubsistencia la produjo el nombramiento de quién por méritos ocupó el primer lugar, y no por su estado de invalidez; luego entonces, alcanzar su pensión de invalidez haría menos gravosa su situación y podría garantizarle un mínimo vital de subsistencia. Teniendo en cuenta además que la actora puede o no rehabilitarse de su estado de invalidez y que no es posible ordenar a la entidad crear un cargo público para ella debido a que tal circunstancia sólo puede darse ante la necesidad de un servicio específico y la eventualidad de que exista la disponibilidad presupuestal para ello, tal como lo señaló la Corte en **sentencia T 342 de 2021**:

"8.4. En el año 2017, la Sala Séptima de Revisión analizó la desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba en provisionalidad un cargo de docente.^[65] Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demanda debió "prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de la salud". Por tanto, allí se ordenó que la actora fuese nuevamente vinculada en un cargo vacante **y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, "se deberá afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador"**.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de pago de salarios dejados de percibir y de indemnización por despido sin justa causa, en este caso resulta improcedente pues como se dijo en líneas anteriores su desvinculación sí tuvo una causa objetiva que la Corte en decantada jurisprudencia constitucional ha explicado, es decir el nombramiento en propiedad de quién por méritos pasó el concurso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL ORAL MUNICIPAL DE SINCELEJO, SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo solicitado por la señora **JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA** por conducto del apoderado judicial Dr. **GERARDO MENDOZA MARTÍNEZ** al trabajo, al mínimo vital y móvil, seguridad social, estabilidad laboral reforzada, debido proceso e igualdad material.

SEGUNDO: ORDENAR al **MUNICIPIO DE SINCELEJO** para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia y en un término no superior a cinco días hábiles, cancele a favor de la señora **JACKELINE ISABEL PEREZ PALENCIA** las cotizaciones a la seguridad social previo a la acreditación por parte de la accionante, de la radicación de su solicitud



de pensión por invalidez, y hasta tanto la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** decida de fondo y quede en firme la respectiva resolución, sin importar lo que decida.

TERCERO: NEGAR solicitud de reintegro, pago de indemnización y salarios dejados de percibir conforme con lo expuesto.

CUARTO: NOTIFICAR este fallo en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil para su publicidad respecto de los aspirantes del concurso proveer 43 vacantes definitivas del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 33, identificado con el Código OPEC No. 54765 del Sistema General de Carrera Administrativa.

QUINTO: REMITIR la presente actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión y ARCHIVAR el expediente una vez sea devuelto por el Alto Tribunal Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA TERESA RUIZ PATERNINA
JUEZ
2022-00034-00

Firmado Por:

Maria Teresa Ruiz Paternina
Juez
Juzgado Municipal
Civil 003
Sincelejo - Sucre

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:

ef94a5853ac73313580dbf834e0e52a94bac17bb876ea1ba7cedc728b8b2b2a8

Documento generado en 22/04/2022 12:11:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>