



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA DE TUTELA

Medellín, veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Tutela	085
Accionante	MARGARITA MARÍA BARRIENTOS LONDOÑO a través de apoderada
Accionado	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE MEDELLÍN
Vinculado	UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD –UNISALUD- SEDE MEDELLÍN, Terceros inscritos en el concurso de ascenso para el cargo de operario calificado código 53001
Radicado	05001-22-05-000-2016-00755-00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No 080
Tema	Estabilidad reforzada por afectación a la salud, cargo de carrera en provisionalidad; derecho fundamental a la salud; reintegro.
Decisión	Tutela derechos

En la fecha, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL¹**, Magistrada Ponente, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, -previa deliberación de la Sala, que adoptó el proyecto presentado por la Ponente- procede a resolver de fondo, en Primera Instancia, la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia, que se traduce en la siguiente decisión,

ANTECEDENTES

¹ Conformada por los Magistrados **CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**, **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA** y **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**.

Pretensiones:

Se solicita sea ordenado el reintegro de la señora Margarita María Barrientos Londoño, al puesto de trabajo como operaria calificada adscrita a la planta global, división de registro y matrículas de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín; se le oferte el cargo de operario calificado 53001 PCA, adscrito a la planta global división de registro, al señor Yair Alberto Urrego Quiroz; de darse el reintegro, se le paguen los salarios y cotizaciones a la seguridad social dejados de percibir.

Hechos Relevantes de la Acción:

Se afirma en la Tutela, que la señora Margarita María Barrientos Londoño, comenzó a laborar en la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, por nombramiento en provisionalidad, mediante la resolución V-3471 del 1º de diciembre de 2008, renovándose el término de la provisionalidad cada cuatro meses mediante un acta de nombramiento, durante todos los años allí trabajados. Sostiene que en el transcurso de su vida laboral, desarrolló una enfermedad crónica incurable en las rodillas, denominada *condromalacia patelofemoral*, que consiste en desgaste de cartílago que separa la rótula, el fémur y la tibia, causando dolor y limitaciones en la movilidad y actividad física; explica que en el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2008 y el 1º de abril de 2013, mientras laborada en la Sección de Registro y Matrícula, en razón de la enfermedad, fue reubicada dentro de la misma institución; expone que la División de Talento Humano estableció una serie de recomendaciones para el mejoramiento de las calidades de trabajo y que el Secretario Técnico del

Comité de Convivencia Laboral, mediante comunicación CCL-001, notificó al profesor Carlos Mario Sierra Restrepo, que dado el análisis de las condiciones emocionales y físicas de la accionante, tomó la decisión de un traslado a la sección de Gestión y Fomento Socioeconómico a partir del 1º de abril de 2014 hasta la fecha.

Informa que mediante convocatoria 03-2015-023, la accionada abrió un concurso de ascenso para proveer un cargo de operario calificado 53001 PCA, adscrito a la planta global de Registro y Matrícula, que es el cargo que ostentaba la accionante; que el 12 de marzo de 2015, la Jefe de la División de Talento Humano, certificó que para el cargo antes mencionado no se habían presentado inscripciones para concursar; explica que ya se agotaron los concursantes que aspiraron al cargo de operario calificado 53001 PCA pero de otras dependencias, a excepción del señor Yair Alberto Urrego Quiroz, quien habiendo aprobado el concurso para una dependencia diferente, aun no se le ha ofertado el cargo que ocupaba la accionante.

Sostiene que mediante comunicación del 12 de septiembre de 2016, le remiten el formato de renovación de nombramiento en provisionalidad, pero el día 16 del mismo mes y año, la citada funcionaria emitió otro oficio donde estableció que el diligenciamiento de la renovación del nombramiento en provisionalidad fue causado por un error involuntario; que **el día 19 de septiembre de este año, la Vicerrectoría de la entidad emitió Resolución V-2423, por medio de la cual se dio por terminada la labor de la accionante, aduciendo que se requiere dar aplicación a la lista de elegibles vigente y que el nombramiento en provisionalidad vencía el día 6 de octubre de 2016;** manifiesta que interpuso los recursos pertinentes y que el acto administrativo fue confirmado el día 5 de octubre de 2016, mediante resolución M.VS-2281; por lo que diligenció los documentos

para la entrega del cargo, aduciendo no poder continuar con tratamientos médicos programados a largo plazo por su condición crónica en las rodillas y que no cuenta con expectativas de conseguir un empleo con prontitud, dado que tiene 52 años de edad.

Respuesta de los Accionados:

Efectuadas las diligencias de notificación y traslado², el señor **YAIR ALBERTO URREGO QUIROZ –vinculado a la Tutela- allegó respuesta³**, exponiendo que es conocedor de que está en lista de elegibles para el cargo de Operario Calificado 53001 PCA según Resolución V-1115 del 13 de junio de 2016, adscrito a la planta global – División de Registro y Matrícula; afirma que este cargo se lo deben ofrecer, que a la fecha no se le ha ofertado y que en caso de hacerlo, no está interesado en el mismo.

Por su parte, la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE MEDELLÍN allegó respuesta⁴**, aceptando como cierto que a la accionante se le renovaba el término de la provisionalidad cada cuatro meses y agrega que en virtud de la aplicación de los artículos 18 del Acuerdo Superior No 067 de 1996 y 7° de la Resolución Rectoral No 391 de 2010, según los calendarios establecidos por la Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Universidad; efectuándose traslado a la Sección de Gestión y Fomento Socioeconómico a partir del 1° de abril de 2014; indica que es cierto que no se presentaron inscripciones para el cargo de Operario Calificado 53001 PCA de la División Registro y Matrícula; que conforme a la

² Folios 69 a 72

³ Folio 73

reglamentación propia sobre la Carrera Administrativa de la Universidad, es posible la aplicación de listas de elegibles, al tratarse de cargo vacante, convocado a Concurso de Ascenso en 2015, teniendo la potestad y obligación de aplicar dichas listas para la provisión definitiva del cargo, pues corresponden a cargos de igual naturaleza y categoría; expone que por lo anterior, se debió atender la necesidad de no efectuar nuevo nombramiento a la señora Barrientos Londoño, con el fin de que una vez terminado su periodo de nombramiento en provisionalidad, se diera aplicación a las listas de elegibles del concurso de ascenso 2015.

Expone que no le consta lo relacionado con los tratamientos vigentes que la accionante afirma tener a largo plazo, pero que de ser así, **cuenta con el periodo de protección laboral por el término de treinta (30) días, para continuar con sus tratamientos en curso**; además, que su cónyuge como trabajador independiente, está obligado a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud y en consecuencia, la accionante está llamada a ser su beneficiaria en salud.

Agrega que **la terminación del nombramiento en provisionalidad, no se circunscribe exclusivamente a la existencia de ganadores, dentro de la convocatoria específica del cargo de Operario Calificado 53001 que desempeñó la actora hasta el 6 de octubre de 2016, sino a todos aquellos que aprueben el concurso de ascenso y que se encuentran en listas de elegibles en cargos de igual naturaleza, denominación y grado, habiéndose puesto en conocimiento, en forma clara y expresa, el motivo de la decisión; siendo una causal objetiva de terminación de este tipo de vinculación temporal del empleo público y que en caso de no aceptarse por el único opcionado en el presente**

caso, se dará trámite a la reclasificación, debiendo ser provisto conforme al numeral 3º del artículo 38 de la Resolución Rectoral No 391 de 2010; además, que debe tenerse en cuenta la aplicación de listas de elegibles entre sedes, según el artículo 39 de la citada norma.

Informa que **no se encuentra determinado para la Universidad, un estado de discapacidad, en términos de la Ley 762 de 2002**, salvo las recomendaciones médicas efectuadas en la vigencia de 2014, no pudiéndose predicar que se trate de persona de protección especial y que **tampoco se está ante un perjuicio irremediable**, pues se constata que las fisioterapias se encuentran cubiertas, **asistiéndole la posibilidad de la protección laboral en salud, para que Unisalud le brinde la atención necesaria, mientras se afilia a una EPS del régimen contributivo o subsidiado**. Y sostiene que la accionante, cuenta con las acciones legales establecidas en la reglamentación procesal administrativa, debiendo acudir ante el Juez natural.

Por su parte, **la UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD – UNISALUD- DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE MEDELLÍN, no allegó respuesta a la tutela.**

Agotado el trámite procesal correspondiente a este tipo de acciones y sin que se aprecie causal alguna de nulidad que invalide la actuación, se procede a resolver el asunto de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico:

El asunto a dirimir, radica en establecer si la entidad accionada vulnera y/o amenaza derechos fundamentales de la accionante, al haber terminado mediante acto administrativo, el nombramiento en la modalidad de provisional, que tenía un término fijo señalado previamente, según Acuerdo No 67 de 1996 del Consejo Superior Universitario; analizándose la procedencia de la Acción de Tutela en este caso, para ordenar el reintegro con pago de salarios dejados de percibir y cotizaciones a la seguridad social, tratándose de persona que viene laborando en provisionalidad desde el 2 de diciembre de 2008, bajo nombramientos renovados aproximadamente cada cuatro meses; presentando afectación a la salud de origen común, desde el año 2013, con recomendaciones de reubicación laboral y tratamiento médico pendiente; sin que se haya provisto el cargo en propiedad, por concurso.

Encontrando esta Colegiatura procedente el Amparo Constitucional, al tratarse de persona en condición de vulnerabilidad por su estado de salud y no existiendo provisión del cargo en propiedad; por tanto, goza de especial protección constitucional reforzada y *relativa*; veamos las razones:

Antecedentes legales y jurisprudenciales:

Tanto el artículo 86 de nuestra Constitución Política como el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, señalan que:

“...Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces..., 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...”.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la Acción de Tutela, como un mecanismo encaminado a la protección de los derechos fundamentales constitucionales, cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o por ciertos particulares, caracterizado por su inmediatez y subsidiariedad.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta Acción sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

De otro lado, **el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece en el numeral 1° como una de las causales de improcedencia de la Acción de Tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.**

Es así como, en **Sentencia T 270 de 2012** M.P. doctor Luis Ernesto Vargas Silva, **la H. Corte Constitucional, señaló que la Acción de Tutela no procede como mecanismo principal, para la protección de derechos que se consideren amenazados o vulnerados, con la**

expedición de actos administrativos, pues para controvertir su legalidad están previstas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de nulidad, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, veamos las razones:

“... Ahora bien, por regla general, la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos que hayan sido amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos⁵, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar la suspensión del acto desde la demanda como medida cautelar. Solamente en los casos en que exista un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo⁶ u ordenar que el mismo no se ejecute⁷ mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa...” (Negritas fuera de texto).

En cuanto a la procedencia excepcional de la Acción de Tutela, para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, la H. Corte Constitucional en Sentencia T 090 de 2013, M.P. doctor Luis Ernesto Vargas Silva, señaló que sólo procede frente a la inminencia de un perjuicio irremediable o cuando existiendo otro medio de defensa, en la práctica es ineficaz; especificando que el único perjuicio que habilitaría el Amparo Constitucional, es el que puede producirse de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, sin que exista forma de repararlo, que su ocurrencia sea inminente, que sea urgente la medida de protección y que la gravedad de los hechos sea tal, que no permite postergar la protección; en caso contrario, la Tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo, contando con la posibilidad de solicitar la suspensión del acto como medida cautelar, desde la presentación de la demanda; veamos:

⁵ Sentencias T-514 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-435 de 2005 M.P. Margo Gerardo Monroy Cabra y T-368 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991.

⁷ Artículo 8º ibídem.

“...En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto¹¹³¹. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹¹⁴¹, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable¹¹⁵¹; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

(...)

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, **el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”¹¹⁷¹. Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad...** (Negritas fuera de texto).

Sobre la estabilidad laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-556 de 2015 M.P. doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló que éstos gozan de una cierta estabilidad relativa o intermedia; indicando que el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad, tiene una expectativa de permanecer en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, pero no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera y que en los eventos de desvinculación, la estabilidad relativa se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó la decisión,

por lo que el no hacerlo, conlleva una vulneración al debido proceso; veamos:

*“Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, **el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo**, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, **en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso**, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos...”* (Negritas fuera de texto).

En lo referente a la estabilidad laboral reforzada, cuando se trata de personas de especial protección constitucional por afectación a la salud, la H. Corte Constitucional en Sentencia T 605 de 2013, M.P. doctor Alberto Rojas Ríos, señaló que en estos casos, se invierte la carga de la prueba, exigiéndose a la entidad, demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación; anotando que la protección constitucional se dirige, a evitar que las personas sean objeto de discriminación por su situación de salud, aplicándose no solo a quienes tienen la condición de discapacitados, sino también a quienes presentan un evento que afecta su salud, siendo indiferente si es de origen laboral o común, si es transitoria o permanente.

En el caso estudiado por la Corte, se trataba de persona que se desempeñaba en un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad, el cual fue convocado a concurso abierto de méritos, conformándose la respectiva lista de elegibles y reconociendo que las personas que la conforman tienen un mejor derecho; a su vez, indicó que la entidad no hizo ningún esfuerzo por proteger los derechos a la igualdad, y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante debido a su condición de debilidad

manifiesta y ordenó su reintegro a un cargo con las mismas condiciones; veamos:

“... La Corporación al asumir la especial protección para personas con discapacidad, entiende la proporcionalidad entre los derechos de las personas sujetos de la estabilidad laboral reforzada y la necesidad de que la entidad acredite, objetivamente, las causas para desplazar al trabajador objeto de la protección. **Este criterio se garantiza a partir de la inversión de la carga de la prueba para exigir a la entidad demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación.** Esta postura evita la vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por razones de salud, entre otras, no cuentan con las mismas posibilidades de los demás y es garantía del derecho a la igualdad. Cabe precisar que en fallos recientes la Corporación ha acogido el criterio expuesto por la Sentencia SU-446 de 2011, con el fin de no hacer más gravosa la situación de aquellas personas discapacitadas. En desarrollo de este criterio, en un caso en el cual la accionante interpuso acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Judicatura, por desplazarla del cargo que ostentó en calidad de provisionalidad⁸, la Sala aseveró:

“Siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibidem), **se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente** al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento”.

La Jurisprudencia⁹ de la Corporación en relación con el estado de afectación física de una persona ha puesto de presente que:

“La especial protección laboral de las personas discapacitadas, en el ámbito positivo y negativo, ocurre cuando quiera que la imposibilidad de acceder al mercado laboral o la exclusión del mismo se produzcan como consecuencia de su estado de debilidad manifiesta, por cuanto la protección se dirige a evitar precisamente que ellos sean objeto de discriminación con ocasión de sus limitaciones. Ahora bien, resulta necesario destacar que, para la Corte, **están amparados por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitados**, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, **sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por acaecimiento de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente. No obstante lo anterior, aun cuando la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen una afectación significativa de su salud pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral.** (Subraya la Sala)...”. (Subrayas son del texto, negritas intencionales).

⁸Sentencia T-462 de 2011.M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹ Sentencia T-019 de 2011.M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En lo que respecta al tipo de vinculación laboral, la H. Corte Constitucional en Sentencia T 148 de 2012, M.P. doctor Juan Carlos Henao Pérez, indicó que los servidores públicos que padecen algún tipo de discapacidad y demás personas nombradas en cargos de carrera, sólo pueden ser retirados del servicio, con sustento en las causales consagradas en la Constitución y su retiro debe contar con la autorización de la Oficina del Trabajo; en los siguientes términos:

“... Asimismo, es preciso mostrar que los servidores públicos que padecen algún tipo de discapacidad, al igual que lo que sucede con las demás personas nombradas en cargos de carrera, sólo pueden ser retirados del servicio con sustento en alguna de las causales recopiladas en el artículo 125 de la Constitución. Sin embargo, y debido a su especial protección constitucional, su retiro, a diferencia de lo que ocurre con el resto de servidores no discapacitados, debe contar con la anuencia de la Oficina de Trabajo, en los casos en que está se requiera habida cuenta de la modificación introducida por el Decreto 019 de 2012. De no ser esto así, se tornaría anodina la especial protección constitucional que los ampara (arts. 13 y 54 de la Carta), pues en la práctica gozarían de la misma estabilidad que el resto de empleados de carrera no discapacitados que sólo pueden ser retirados por una de las causales del artículo 125 superior sin requerirse autorización alguna de la Oficina de Trabajo...”

Y en Sentencia T 159 de 2012, M.P. doctor Nilson Pinilla Pinilla, la H. Corte Constitucional indicó que cuando uno de los extremos de la relación laboral presenta afectación a su salud, la estabilidad laboral adquiere una connotación de derecho constitucional fundamental y en esos casos, el requisito de subsidiariedad debe ser matizado atendiendo a las circunstancias especiales del accionante; señalando que el reintegro se convierte en garantía que tiene la finalidad de retornar las cosas al estado en que se encontraba el empleado, antes de la vulneración a sus derechos; sin que pueda aceptarse, que la desvinculación sea producto de una conducta arbitraria, que esconda un trato discriminatorio; veamos:

“...Conforme a lo expuesto, debe indicarse que cuando uno de los extremos de la relación laboral es un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de los

discapacitados, o quienes padezcan limitaciones físicas o mentales, sin que sea necesaria la calificación previa de su limitación ni que la misma sea temporal o permanente, por pertenecer a un grupo social particularmente vulnerable, **“la estabilidad laboral adquiere la connotación de derecho constitucional fundamental[4]**, debido a diversas razones de índole constitucional, como: (i) la existencia de mandatos de protección especial vinculantes para todos los actores sociales y el Estado[5], (ii) el principio de solidaridad social, y de eficacia de los derechos fundamentales[6], y (iii) **el principio y derecho a la igualdad material, que comporta la adopción de medidas afirmativas[7] en favor de grupos desfavorecidos, o de personas en condición de debilidad manifiesta** (art. 13, incisos 2º a 4º) [8], han llevado a la Corte a considerar que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria[9], y un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo[10][11]” (no está en negrilla en el texto original).

Puede indicarse entonces que el principio de subsidiariedad, que condiciona la procedencia de la acción de tutela, debe ser matizado en aquellas situaciones donde el peticionario se encuentra en algunas de las circunstancias ya mencionadas y, adicionalmente, en los supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere a la persona una estabilidad laboral reforzada[12].

Así, pueden identificarse dos grados de protección a la estabilidad en el empleo, **siendo el reintegro laboral la garantía más alta posible, dado que tiene como finalidad retornar las cosas al estado en que se encontraba el empleado antes de la vulneración a sus derechos.**

En consecuencia, la estabilidad laboral reforzada, instituida para el caso de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, ha sido ampliada por la jurisprudencia, por el Legislador y por instrumentos jurídicos internacionales; por lo cual, en observancia a los artículos 1º, 13, 47 y 95 num. 2º de la Constitución Política, la protección de esos derechos, en algunas circunstancias, deben prevalecer sobre los intereses de los empleadores.

(...)

En ese sentido, **frente a la desvinculación de servidores públicos que se encuentran desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, esta Corte ha indicado que está condicionada a la observancia del principio de legalidad y al respeto del debido proceso**, en la medida en que solo puede ponerse fin unilateralmente al vínculo laboral con base en las causales legalmente contempladas para el efecto, toda vez que resulta indispensable que el funcionario conozca los motivos de su desvinculación para que pueda ejercer los recursos y mecanismos que tenga a su disposición.

Por lo expuesto, la terminación de una relación laboral, justificada o no, no es en principio una controversia de relevancia constitucional. **Lo que no puede aceptarse, es que la desvinculación del trabajador sea producto de una conducta arbitraria, que estuviere escondiendo un trato discriminatorio hacia el trabajador, ya que en virtud del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, no puede darse un trato similar a una persona en condición de debilidad manifiesta a la que se encuentra en buenas condiciones de salud física y mental...”.**

En el caso que se analiza, tenemos que:

Analizados los hechos expuestos en la Tutela, así como la respuesta allegada por la entidad accionada y la prueba documental

aportada, **resulta procedente el Amparo Constitucional invocado**, toda vez que **existe prueba acerca de que la señora Margarita María Barrientos Londoño, viene laborando en provisionalidad, mediante varios nombramientos que datan desde el año 2008; padece una afectación crónica en su estado de su salud, cuenta con recomendaciones para reubicación laboral desde el año 2014 y se encuentra con tratamiento médico pendiente, por lo cual goza de estabilidad laboral reforzada *relativa*, lo que la hace persona de especial protección constitucional; aunado a que se encontraba ocupando un cargo de carrera en provisionalidad, caso en el cual, su estabilidad también es *relativa, intermedia*, hasta cuando el mismo sea provisto en propiedad o existan otras razones objetivas y razonables que hagan procedente su retiro.**

Como sustento de la afectación a su estado de salud y del tratamiento que se encuentra pendiente, **la accionante allegó copia de historia clínica de fecha 21 de septiembre de 2016, donde se registra que la paciente presenta cuadro crónico con diagnóstico de “condromalacia de la rótula”, se indica que el procedimiento es “no quirúrgico” y que se debe seguir con fisioterapia dirigida, con constancia de haber sido atendida en sesiones diarias de terapia física integral entre el 21 y el 30 de septiembre de 2016, esto es, hasta seis (6) días antes de habersele notificado la terminación de su vinculación laboral; aportó también relación de seis (6) citas programadas con el servicio de Fisioterapia entre el 13 y el 28 de octubre de 2016 (folio 62) y documento de fecha 21 de septiembre de 2016 donde se le genera cita programada para dentro de dos (2) meses con ortopedia (folio 58); así mismo, la accionada aportó parte de la historia clínica generada por la Unidad de Servicios de Salud, con**

fecha 22 de octubre de 2015, donde se especifica **“Plantilla: Medicina Deportiva Dx: Condromalacia de la Rótula”** con la observación “...Dolor en ambas rodilllas, jugando baloncesto, hace 3 años...”.

Adicionalmente, desde el 14 de febrero de 2014, la División de Talento Humano de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, le notificó a la Jefe de Sección Registro y Matrícula, la reasignación de tareas a la funcionaria aquí accionante, con restricciones y recomendaciones para su puesto de trabajo, indicando que deben aplicarse de manera permanente, por cuanto **la patología es crónica, insidiosa, sin cura y se maneja sólo con control** (folios 34 y 35).

Sin que al momento de la terminación de la vinculación laboral, la entidad hubiera considerado la especial situación en que se encuentra la accionante y que conoce, por la afectación a su estado de salud, que la hace beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada *relativa*; **sin que tampoco se conozca que para el cargo de la accionante ya haya habido nombramiento en propiedad y aceptación del cargo por parte de algún concursante**; es más, el señor Yair Alberto Urrego Quiroz, quien fuera vinculado a la Tutela en respuesta afirma ser conocedor de que está en lista de elegibles para el cargo de Operario Calificado 53001 PCA según Resolución V-1115 del 13 de junio de 2016, adscrito a la planta global – División de Registro y Matrícula; cargo que dice se lo deben ofrecer, pero que a la fecha no se le ha ofertado y que en caso de hacerlo, no está interesado en el mismo. Sin que la Universidad hubiera allegado a esta Corporación lista de elegibles, para el cargo ocupado por la actora o prueba de nombramiento en propiedad, producto de concurso de mérito por tratarse de cargo de carrera.

No siendo suficiente en este caso, lo expuesto en el acto administrativo de retiro, esto es la Resolución V-2423 del 19 de Septiembre de 2016, donde se invoca el vencimiento del término por el cual había sido nombrada la accionante en provisionalidad y que se requería proceder a la aplicación de la lista de elegibles vigente; pues **la accionada no aporta ninguna prueba que demuestre la provisión, nombramiento en propiedad del cargo que ocupaba la accionante**, solo refiere a que en el futuro hará uso de la lista de elegibles.

Y recuérdese **lo referente a la estabilidad laboral reforzada, tratada por la H. Corte Constitucional por ejemplo en Sentencia T 605 de 2013, M.P. doctor Alberto Rojas Rios, cuando se refiere a personas de especial protección constitucional por afectación a la salud, señalando que en estos casos, se invierte la carga de la prueba, exigiéndose a la entidad, demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación; sin que pueda aceptarse, que la desvinculación sea producto de una conducta arbitraria, que esconda un trato discriminatorio.**

Por tanto considera esta Sala de Decisión, la accionante, cuenta con estabilidad laboral *reforzada* relativa por su situación de salud, **pudiendo continuar en el mismo cargo, hasta cuando éste sea provisto de manera definitiva, mediante concurso de méritos, atendiendo a la estabilidad relativa de que es objeto, conforme a Sentencia SU-556 de 2015 o existan otras razones objetivas y razonables para su retiro.**

Siendo procedente el Amparo Constitucional invocado, teniendo en cuenta la afectación al estado de salud de la accionante, quien es persona de especial protección constitucional y goza de estabilidad laboral

reforzada y en caso de tener que recurrir a las acciones consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el restablecimiento de sus derechos, se vería obligada a continuar padeciendo la afectación de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta el prolongado tiempo que toma en resolverse ese tipo de asuntos, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora en cuanto a la pretensión consistente en que se le oferte el cargo de operario calificado 53001 PCA, adscrito a la planta global división de registro, al señor Yair Alberto Urrego Quiroz; no se accede a ello pues los concursos de méritos tienen sus reglas y no es la Tutela el mecanismo idóneo para suplir procedimientos propios de la Universidad accionada.

Tampoco se tutelan derechos frente a la **UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD, UNISALUD**, por no vulneración o amenaza de los mismos, pues han venido cumpliendo con lo que le compete en materia de salud.

Así las cosas, se tutelarán los derechos fundamentales a la salud, al debido proceso y derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta a favor de la accionante, quien es persona de especial protección constitucional y goza de estabilidad laboral reforzada por la afectación a su estado de salud, ordenándose a la **Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín**, que dentro del término de quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, **REINTEGRE** a la accionante al mismo cargo que venía ocupando, sin solución de continuidad, hasta cuando el mismo sea provisto en propiedad, mediante concurso de méritos o existan otras razones

objetivas y razonables para su retiro.

Sin costas en esta instancia.

Es de anotarse que, esta providencia puede ser impugnada en los tres (3) días siguientes a su notificación, pero de no ocurrir así, se remitirá a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, acorde con lo dispuesto en el inciso 2, artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Se ordenará a la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, publicar la presente providencia en su página web, para efectos de notificación a los terceros vinculados.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISION LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley y la Constitución,

FALLA

PRIMERO: Se TUTELAN los derechos fundamentales a la salud, debido proceso y derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta, en la Acción Constitucional promovida a través de apoderada, por la señora **MARGARITA MARÍA BARRIENTOS LONDOÑO**, identificada con cédula de ciudadanía No 43.049.682, quien es persona de

especial protección constitucional y goza de estabilidad laboral reforzada *relativa* por la afectación a su estado de salud, ocupando un cargo de carrera en provisionalidad, sin que se haya provisto en propiedad. **Por lo tanto, se ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE MEDELLÍN, que dentro del término de quince (15) días** siguientes a la notificación de la presente providencia, **REINTEGRE a la accionante al mismo cargo que venía ocupando, sin solución de continuidad, hasta cuando el mismo sea provisto en propiedad mediante concurso de méritos o existan otras razones objetivas y razonables para su retiro;** de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de la presente Providencia.

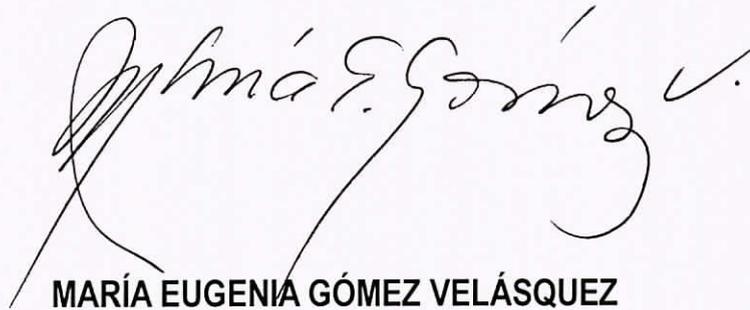
SEGUNDO: No se tutela derecho alguno frente a la **UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD, UNISALUD**, por no vulneración de derechos; conforme se explicó en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la decisión anterior a las partes, en la forma y términos señalados por el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **Se ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA SEDE MEDELLÍN**, publicar la presente providencia en su página web, para efectos de notificación a los terceros inscritos en el Concurso de Ascenso para el Cargo Operario Calificado Código 53001, correspondiente a las Convocatorias No 03-2015-014, 03-2015-015, 03-2015-019, 03-2015-023 y 03-2015-024, para las Dependencias Laboratorio de Productos Lácteos, División Logística – Taller de Mantenimiento, Estación Agraria Medellín, Sección Registro, Unidad Administrativa – Ciencias Humanas y Económicas, de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, respectivamente; de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa.

CUARTO: Se advierte que esta providencia puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, pero de no ocurrir así, se remitirá a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, acorde con lo dispuesto en el inciso 2, artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En constancia se firma por quienes en ella intervinieron, luego de leída y aprobada,

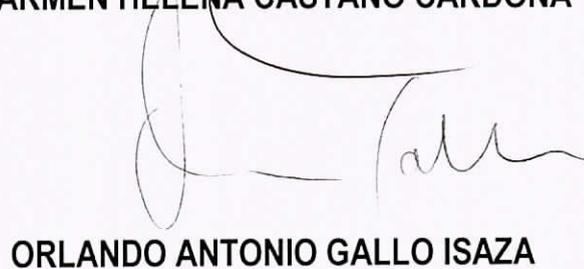
Los Magistrados,



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

