



COMUNICADO

La Universidad Nacional de Colombia –Sede Medellín-, se permite informar que por orden del Juzgado Promiscuo del Circuito del Municipio de Santa Fe de Antioquia se publica el fallo de la Acción de Tutela promovida por el señor CARLOS ENRIQUE ÚSUGA GALLO en contra de la Universidad Nacional de Colombia, en el que el objeto de decisión esta relacionado con la Concurso de Méritos para el cargo OPERARIO CALIFICADO, adscrito al CENTRO AGROPECUARIO COTOVE de la Facultad de Ciencias Agrarias, publicado mediante convocatoria 03-2018-53001-13, cargo que fue ocupado por el accionante hasta el respectivo nombramiento de los ganadores del citado concurso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO

Santa Fe de Antioquia, siete (7) de julio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE TUTELA No. 031

RADICADO	05-042-31-89-001-2020-00036-00
PROCEDIMIENTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE (S)	CARLOS ENRIQUE ÚSUGA GALLO
ACCIONADO (S)	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Sede Medellín) Y OTRA
REFERENCIA	CONCEDE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1. ASUNTO

Dentro del término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, se dicta sentencia de primera instancia en la **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por **CARLOS ENRIQUE ÚSUGA GALLO** en contra de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Sede Medellín) –UNAL-** y la **UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD** del ente universitario **-UNISALUD-**.

2. HECHOS

La narración fáctica de la solicitud de tutela admite el siguiente compendio:

El actor prestó sus servicios a favor de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA desde el 5 de marzo de 2014 en el cargo de Operario calificado realizando labores del sector agropecuario y aquellas que le asignara su jefe inmediato. En desarrollo de su trabajo desarrolló una *Hernia Inguinal en el lado izquierdo* que fue diagnosticada por UNISALUD en 2016 y de lo cual informó o dejó constancia ante la UNAL.

Como parte del tratamiento médico de su afección le fue programado el procedimiento *herniorrafia inguinal* ante la clínica CES, intervención que debió ser aplazada debido a la emergencia sanitaria actual. No obstante, pese a su condición de salud la UNAL decidió terminar su vínculo contractual mediante Resolución M.VS 0528 de 2020. Empero, el actor fue reintegrado durante 18 días por su condición de salud –que aún subsiste- al cabo de los cuales fue retirado nuevamente del servicio sin que en la actualidad cuente con otra fuente de ingresos y por tanto, como consecuencia de su desvinculación UNISALUD no realizará el procedimiento.

El actor participó en el concurso de méritos de 2018 para la provisión de los empleos de carrera administrativa de la UNAL, no obstante, no obtuvo el puntaje suficiente para continuar en el proceso. Sin embargo, al conformarse la lista de elegibles pudo observar que de los 13 cargos vacantes con código 53001-13, tan sólo 9 habían sido ocupados y quedaron 4 que fueron declarados desiertos y por tanto, no resulta posible establecer si en realidad el cargo que ocupaba el accionante fue tomado por el ganador del concurso.

Además, de conformidad con la jurisprudencia sobre el tema, la desvinculación de un funcionario en provisionalidad procede únicamente bajo causas objetivas como la provisión del cargo mediante concurso de méritos, calificación insatisfactoria, etc. Es decir, los empleados designados en provisionalidad gozan de estabilidad laboral relativa y el acto de desvinculación debe fundamentarse siempre sobre razones objetivas explicitadas y argumentadas.

Por lo anterior, considera que la comisión nacional de carrera vulneró su derecho al debido proceso al ordenar el retiro anticipado de los empleados nombrados en provisionalidad.

Con fundamento en lo anterior, deprecó la protección de sus derechos fundamentales a la salud, la estabilidad laboral reforzada y el debido proceso administrativo y como consecuencia de ello, se deje sin efectos el acto administrativo y se declare la ineficacia de la terminación anticipada de su vinculación en provisionalidad y se ordene el reintegro al cargo que ocupaba hasta que se mantenga la vacancia del cargo que fue declarado desierto y/o hasta tanto desaparezca su condición especial de debilidad física.

Solicitó igualmente que se ordene a UNISALUD la práctica del procedimiento quirúrgico *Herniorrafia inguinal* y los medicamentos y procedimientos que se requieran para la atención de la enfermedad y finalmente, que se ordene a la UNAL su reintegro a un cargo igual al que ocupaba antes de terminarse el vínculo legal o contractual y además, proceda con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir hasta tanto se realice el reintegro.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1 La solicitud de tutela fue radicada el pasado 23 de junio y por auto de esa misma fecha se dispuso su admisión, se ordenó la vinculación de los integrantes de la lista de elegibles y de quienes hubieren sido nombrados para el cargo que ocupaba el accionante, se decretaron pruebas de oficio y se ordenó correr traslado a las accionadas para que allegaran el informe sobre los hechos de la solicitud en la forma prevista por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, so pena de aplicar la presunción de veracidad de los hechos que fundamentan la solicitud de tutela, de acuerdo con el artículo 20 ibidem. Durante el trámite de esta acción constitucional ambas se pronunciaron.

3.1 Informe de UNISALUD.

Esta dependencia describió de forma detallada las historias de atención que registra el accionante en relación con la patología *hernia inguinal*. En este sentido, precisó que el 19 de febrero de 2016 fue diagnosticado con la enfermedad y le fue ordenada una ecografía de tejidos blandos. Posteriormente, el 22 de abril de 2016 la orden médica consistió en “*manejo conservador y expectante por ahora*” y en sentido similar en la atención del 7 de junio de 2019 el seguimiento clínico indicó que “*Por ser una hernia pequeña se concertó con el paciente manejo conservador. Se ordena evaluación por cirugía general*”.

Sin embargo, ya en la historia clínica del 21 de enero de 2020 se anota que “*Hernia ha incrementado de tamaño y dolorosa, se ordena remisión a cirugía general*”. La unidad de servicios de salud indicó que el actor fue evaluado por cirugía general el 13 de marzo de 2020, ordenándose la corrección de la *hernia inguinal*, no obstante, la intervención debió ser reprogramada para el 16 de abril de 2020 debido la emergencia sanitaria sin que en aquella oportunidad se obtuviera respuesta del paciente.

Por lo anterior, la cirugía fue reprogramada para el 7 de julio de 2020, por cual se renovará la autorización en la medida que el período de protección laboral se extiende hasta el 30 de agosto de 2020, pese a que la UNAL reportó el retiro del señor ÚSUGA GALLO desde el 20 de mayo de 2020. Sin embargo, la unidad precisa que presta servicios en el marco de un régimen especial en aplicación de la Ley 1443 de 2011, motivo por el cual el accionante deberá afiliarse al Sistema general de Seguridad Social en salud –SGSSS–, pues la Ley no permite la afiliación a UNISALUD de personas externas a la Universidad.

Por lo anterior, solicita su desvinculación de la acción de tutela en la medida que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y solicita que se ordene al accionante que gestione su propia afiliación al SGSSS.

3.2 Informe de la UNAL.

La entidad se refirió al concurso de méritos como el mecanismo objetivo adoptado por el Constituyente en el artículo 125 del Carta para la provisión de los empleos públicos y además, a la autonomía universitaria como uno de los principales fundamentos para adelantar de forma independiente los procesos de selección de la planta de personal.

En relación con el caso concreto manifestó que en realidad las funciones que cumplía el actor como Operario Calificado código 53001-13 del Centro Agropecuario Cotové, son aquellas establecidas en el respectivo manual de funciones, pero que en modo alguno la enfermedad diagnosticada por UNISALUD tiene origen laboral sino origen común, pues el diagnóstico no procede de un grupo interdisciplinario de la Junta Regional de Calificación de invalidez. Además, argumenta que la afección que padece el actor no es una enfermedad catastrófica o con un grado de complejidad alta y sólo es de conocimiento del empleado y no del empleador, amén del carácter reservado de las historias clínicas.

Por lo anterior, considera que el actor no es un sujeto de especial protección constitucional ni tampoco se reúnen los parámetros jurisprudenciales establecidos por la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, pues el actor no es una persona en situación de discapacidad ni padece ninguna de las enfermedades catastróficas que enuncia el artículo 16 de la Resolución 2561 de 1994 del Ministerio de Salud, ni es padre cabeza de familia, ni está próximo a pensionarse.

En este sentido, advirtió que al accionante no le es aplicable la Circular 01 del 31 de enero de 2020 de la Comisión Nacional de Carrera Administrativa, la cual propende por la protección constitucional de los funcionarios designados en provisionalidad que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta o ser un sujeto de especial protección constitucional (madre o padre cabeza de familia, situación de discapacidad o prepensión), en tanto no habría acreditado ninguna de estas circunstancias.

Indica que aunque el actor allegó ante la sección de seguridad y salud en el trabajo la historia clínica, dicho documento no refleja restricciones médico laborales. Además, la desvinculación del accionante obedeció una causa objetiva cual es el nombramiento del ganador del concurso en periodo de prueba, lo cual se llevó a efecto en relación con cuatro integrantes de la lista de legibles nombrados mediante Resoluciones M. VS-0848; 0847; 1041 y 1042 de 2020. La lista de legibles fue conformada por Resolución M. VS-0167 del 24 de enero de 2020 contra la cual no se formuló recurso alguno y, en uso de dicha lista, fueron desvinculados 4 empleados del Centro Agropecuario Cotové (incluyendo al accionante), uno del Centro Paysandú y uno más del Centro San Pablo.

En tal sentido, para el caso del Centro Agropecuario Cotové fueron designados en período de prueba cuatro integrantes de la lista de elegibles para el cargo de Operario Calificado código 53001-13 entre los meses de abril y mayo de 2020.

Indica que es cierto que el actor participó en el concurso de méritos pero que no superó el puntaje aprobatorio mínimo por lo cual fue excluido del proceso de selección, pero que no es cierto que el actor haya sido reintegrado por su condición de salud sino que ello se debió a que éste formuló recurso de reposición en contra del acto que ordenó su desvinculación y por tanto, quedaba suspendida la aplicación del primer acto y aclaró que el retiro efectivo tuvo lugar el 19 de mayo de 2020 una vez resuelto el recurso de reposición (resolución M. VS-1030 del 15-05-2020) y notificada la respectiva resolución.

Por lo dicho en precedencia la institución educativa manifiesta que no ha vulnerado los derechos fundamentales al accionante y por tanto, se opone a la prosperidad del amparo.

4. PRUEBAS PRACTICADAS

Como pruebas relevantes para resolver la presente acción constitucional se tienen las siguientes:

- Resolución M. VS-0167 del 24 de enero de 2020, por la cual se conformó la lista de elegibles para el cargo de Operario Calificado, código 53001-13 en el marco de la convocatoria 03-2018-53001-13.
- Circular 01 de 2020 de la Comisión Nacional de Carrera Administrativa.
- Resoluciones M. SV-0847 del 20 de abril de 2020; M. SV-0848 del 20 de abril de 2020; M. SV-1041 del 19 de mayo de 2020 y M. SV-1042 del 19 de mayo de 2020 por medio de las cuales se designó, en su orden, a Adelaida Cano Montoya, José Fernando Gallego Grajales, José Manuel Suárez Pamplona y Yolanda Marcela Carrasquilla Higueta, en el cargo de Operario Calificado 53001-13 del Centro Agropecuario Cotové.
- Resolución M. VS-0861 del 22 de abril de 2020, por la cual se derogó la Resolución M. VS-0777 de 2020
- Recurso de reposición formulado por el accionante contra la Resolución M. VS-0528 de 2020.
- Resolución 1030 del 15 de mayo de 2020 por la cual se revolió el recurso de reposición.
- Certificado médico de aptitud laboral del accionante expedido por Laborum IPS.
- Historias clínicas del actor de fechas 19-02-2016; 22-04-2016; 07-06-2019; 22-01-2020 y 15-03-2020, que refleja el diagnóstico, evolución y tratamiento de la afección *hernia inguinal* al accionante
- Certificado médico de egreso del acto expedido por Colmédicos.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

En los términos del artículo 86 de la Constitución política y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho para resolver de esta acción de tutela en razón del lugar donde se producen los efectos de la vulneración alegada.

5.2 Problema jurídico

Corresponde al despacho establecer si se vulneran por parte de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Sede Medellín) y UNISALUD los derechos fundamentales a la salud, el debido proceso administrativo y la estabilidad laboral reforzada de un ciudadano que ocupaba en provisionalidad el cargo de carrera administrativa denominado Operario Calificado en el Centro Agropecuario Cotové al servicio de la UNAL, al desvincularlo para proceder con el nombramiento de quienes figuraban en la lista de elegibles para el mentado cargo sin tener en consideración que el actor padecía de la afección *HERNIA INGUINAL UNILATERAL*.

Para resolver el problema jurídico el despacho abordará los siguientes temas: (i) la estabilidad laboral relativa o intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa y la procedencia de la acción de tutela para su protección; (ii) la provisión de cargos a partir de la lista de elegibles, previo concurso de méritos, frente a la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados y (iii) el análisis del caso.

5.3 Estabilidad laboral relativa o intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa y la procedencia de la acción de tutela para su protección.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en *“la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que descrito cumplimiento a un procedimiento previo”*

Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores discapacitados o con afecciones en su salud, y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado, a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; conforme al cual, el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: *“ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”*

Así mismo, el artículo 47 constitucional dispone que el Estado adoptará políticas de previsión, rehabilitación e integración social de todas las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas. Estas personas recibirán la atención especializada que requieran para vivir en condiciones de vida digna. De igual forma, el artículo 54 Superior les impone el deber a los empleadores y al Estado de garantizarles a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en condiciones que se ajusten a sus condiciones de salud.

En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que esa protección especial debe ser considerada como una estabilidad laboral reforzada que conlleva a la reubicación del trabajador afectado en una posición laboral en la que puede potencializar su capacidad productiva, sin que su enfermedad o discapacidad sirvan de obstáculo para realizarse profesionalmente. Con ello se logra balancear los intereses del empleador al maximizar la productividad de sus empleados, mientras que el trabajador logra conservar su trabajo, garantizándole su vida en condiciones dignas y su mínimo vital.

Con todo, esa Corporación ha indicado que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y que son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad.

En este mismo sentido, la Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado.

No obstante, tratándose de personas que ocupan un cargo público de carrera administrativa en provisionalidad la estabilidad laboral es apenas relativa o intermedia de tal suerte que no siempre puede asegurarse la estabilidad en el empleo de dicho sujeto, en la medida que su desvinculación puede ser legítima cuando se fundamenta en causas objetiva. Pero en tales casos debe procurarse en la mayor medida posible la conservación del empleo siempre que ello no riña con los derechos del concursante a acceder al empleo público.

En este sentido es necesario advertir que el concurso de méritos es el mecanismo previsto por el Constituyente primario en el artículo 125 de la Carta para asegurar el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos y por contera, garantiza el derecho fundamental al trabajo. además, el sistema de carrera tiene como fin primordial la consecución del principio de igualdad, mediante la exigencia de requisitos homogéneos de formación académica y profesional a todas las personas que aspiren a acceder a un cargo público, sin discriminación alguna. Con ello se pretende además la eliminación del clientelismo en la selección del personal que debe cumplir las funciones estatales. Así lo ha señalado el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional:

“Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.”¹

Pues bien, de lo anterior se deduce que quien accede a un cargo de carrera por haber superado satisfactoriamente todos los instrumentos de evaluación del concurso y figurar en el registro de elegibles, goza de un derecho cierto no sólo acceder al empleo público sino también de un derecho a la estabilidad y permanencia en el empleo de modo tal que su desvinculación únicamente puede obedecer a causas objetivas y legítimas a la luz de la Constitución y previamente establecidas en la Ley.

En este sentido, se evidencia una marcada diferencia entre los derechos que asisten al empleado público nombrado en provisionalidad frente a aquel que lo es por virtud de la lista de elegibles, en la medida que el primer tiene una expectativa transitoria de permanencia en el empleo, pues el nombramiento en provisionalidad tiene ese mismo carácter transitorio cuando quiera que existe vacancia temporal o vacancia definitiva, y únicamente se extiende hasta el momento que el titular en propiedad retorna al cargo o bien, se provee mediante concurso de méritos.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha destacado que el empleado provisional goza de una estabilidad laboral relativa o intermedia en la medida que no le asiste un derecho ni una vocación de permanencia indefinida en el empleo en la medida que el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Carta dispone que el cargo debe proveerse mediante concurso. Sin embargo, cuandoquiera que el empleado provisional es un sujeto de especial protección constitucional *“concorre 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”²*

Por tanto, dice la Corte, la protección de la estabilidad laboral de empleados públicos titulares de especial protección constitucional como madres y padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad o prepensionados requiere de acciones afirmativas por parte de las entidades respectivas para proteger a tales sujetos y además, el acto de desvinculación debe motivarse con suficiencia. Así, en sentencia

1 Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

2 Corte Constitucional, sala séptima de revisión, sentencia T-373 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

de unificación del año 2011 la Corte enunció las garantías que asisten al empleado provisional cuando quiera que el cargo que ocupa será provisto en aplicación de la lista de elegibles:

“En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, 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.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“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”³.

³ Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

No obstante, se reitera que los derechos de carrera o acceder al empleo público del ganador del concurso prevalecen o tienen preferencia sobre los del empleado provisional y es justamente esta circunstancia la que relativiza la estabilidad laboral de éste último. Es decir, la estabilidad en el empleo es una garantía de que goza el funcionario hasta tanto se cumpla alguna de las condiciones objetivas para su retiro, v. gr., la provisión definitiva del cargo una vez agotadas todas las etapas del concurso. Ha puntualizado la Corte que algunas de las medidas afirmativas es posponer o dejar en último lugar la designación de quien optare por el cargo respectivo o bien, vincular en otro cargo en provisionalidad a los sujetos de especial protección que fueron desvinculados si ello fuere posible:

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”⁴

Considera el despacho que basta todo lo anterior para abordar el análisis del caso concreto.

6. CASO CONCRETO

6.1 El ciudadano CARLOS ENRIQUE ÚSUGA GALLO ha formulado acción de tutela en contra de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA -Sede Medellín- y UNISALUD, al considerar que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, el debido proceso administrativo y la estabilidad laboral al proceder con su desvinculación del cargo Operario Calificado el cual ocupaba en provisionalidad, sin tener en cuenta que el actor presenta una *hernia inguinal*, afección que a su juicio le confiere un trato preferencial por parte de la entidad y además, argumenta existe un manto de duda en torno a si su cargo efectivamente se proveyó con el ganador del concurso.

6.2 Por su parte, UNISALUD argumenta que ha extendido el período de protección para el accionante hasta el 30 de agosto de 2020 y por ello, ya ha gestionado y programado la intervención quirúrgica que requiere el actor, la cual se practicará en la fecha de proferimiento de esta sentencia. A su turno, la UNAL argumenta que la desvinculación del actor fue motivada por causa objetiva y previa, cual es la provisión del empleo en uso de la lista de elegibles y aunque el actor manifestó ante la dependencia de seguridad y salud en el trabajo la afección que padecía aportando

⁴ Corte Constitucional, sala séptima de revisión, sentencia T-373 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

copia de la historia clínica, no es menos que en la historia clínica no obran restricciones médico laborales para el cumplimiento de las tareas, no se trata de una enfermedad catastrófica y además, tampoco tiene origen laboral, pues no ha sido catalogada en tal sentido por la Junta Regional de calificación de invalidez

6.3 Pues bien en el presente asunto, con base en las pruebas allegadas por las partes y los hechos aceptados por las accionadas en sus respectivos informes, el despacho encuentra probadas las siguientes circunstancias.

6.3.1 El accionante se vinculó en el cargo de Operario Calificado, código 53001-13 desde el 5 de marzo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2020. Lo anterior se acredita con base en el informe aportado por la UNAL quien indicó la fecha de desvinculación en la medida que el actor no cumplió la carga de afirmar esta circunstancia y además, así se deduce a partir de las Resoluciones M. SV-1041 del 19 de mayo de 2020 y M. SV-1042 del 19 de mayo de 2020, por las cuales fueron nombrados José Manuel Suárez Pamplona y Yolanda Marcela Carrasquilla Higueta, en los cargos de OPERARIO CALIFICADO en el Centro Agropecuario Cotové.

6.3.2 Desde febrero de 2016 el actor fue diagnosticado con *HERNIA INGUINAL IZQUIERDA*, diagnóstico que se mantiene hasta la actualidad y que ha evolucionado desfavorablemente, según se aprecia de la confrontación de las historias clínicas de febrero de 2016 -consulta inicial-, abril del mismo año, en la cual el médico evidenció una *pequeña hernia*. Posteriormente, en la consulta del 6 de junio de 2019, recomienda “*manejo conservador y expectante por ahora y nuevo control en 6 meses según evolución*”. Finalmente, en la historia del 22 de enero de 2020 se ordenó valoración por cirugía general en la medida que el galeno halló que la hernia era dolorosa había aumentado de tamaño respecto a la evaluación anterior y el 12 de febrero se ordenó la intervención quirúrgica denominada “*HERNIORRAFÍA INGUINAL UNILATERAL*”.

6.3.3 También se logró acreditar que con anterioridad el accionante expuso ante la dependencia de seguridad y salud en el trabajo la enfermedad que padecía, en tanto dicha afirmación fue admitida por la entidad accionada.

6.3.4 Está probado igualmente, que los cuatro ciudadanos que fueron designados mediante las Resoluciones M. SV-0847 del 20 de abril de 2020; M. SV-0848 del 20 de abril de 2020; M. SV-1041 del 19 de mayo de 2020 y M. SV-1042 del 19 de mayo de 2020 para el cargo de Operario Calificado, código 53001-13 para el Centro Agropecuario Cotové, a saber: Adelaida Cano Montoya, José Fernando Gallego Grajales, José Manuel Suárez Pamplona y Yolanda Marcela Carrasquilla Higueta, figuran en la lista de elegibles que fue conformada mediante Resolución M. VS-0167 del 24 de enero de 2020, proferido dicho acto en el marco de la Convocatoria 03-2018-53001-13.

6.4 Pues bien, en el presente asunto ni el actor como carga probatoria mínima de los hechos que sustentan su solicitud, ni tampoco la UNAL aportaron la Resolución M. VS-0528 del 4 de marzo de 2020 por la cual se retiró del cargo al actor, razón por la cual no es posible para el despacho establecer cuál fue la causa invocada en el acto

administrativo para culminar el vínculo (contractual, legal o reglamentario). No obstante, en la Resolución 1030 del 15 de mayo de 2020, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 0528, se explicita que la desvinculación obedeció a la aplicación de la lista de elegibles de la convocatoria 03-2018-53001-13.

Además, el accionante es claro en afirmar en la solicitud de tutela que participó en dicha convocatoria y era consciente que su nombramiento se efectuó en provisionalidad. Adicionalmente, en el expediente obran los actos de nombramiento de los elegibles lo que indubitablemente da cuenta de la aplicación de la lista y está acreditado, según lo narrado por la UNAL aunado a lo consignado en las Resoluciones M. SV-1041 y M. SV-1042 del 19 de mayo de 2020, que el actor fue el último de los empleados en provisionalidad en desvincularse de la institución.

Estos aspectos circunstanciales permiten inferir que en realidad la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA sí expuso al accionante la causa objetiva por la cual se le retiraba del servicio e inclusive, prolongó hasta el último momento la desvinculación del actor. Por demás, no se evidencia con fundamento en la actuación administrativa aportada que la desvinculación obedezca a razones de discriminación por la condición de salud del accionante, máxime que sus afecciones databan de época muy anterior (2016) a la fecha de desvinculación y ninguna de las partes afirmó o probó llamados de atención relacionados con el incumplimiento de las labores en razón de la condición de salud, tratos despectivos de los superiores, etc. En este sentido, ha de considerarse que la institución educativa, aunque niega que el accionante sea sujeto titular de especial protección constitucional, materialmente sí desarrolló acciones afirmativas de forma parcial en favor de la protección de los derechos del actor.

En efecto, la Universidad afirma que el actor no es una persona en situación de discapacidad, ni tampoco padece de una enfermedad catastrófica razón por la cual no es titular de la protección constitucional. Apartándose de este criterio, el despacho considera que en realidad se ha acreditado en este trámite que el accionante sí padece de una enfermedad que limita el desarrollo de su capacidad laboral. Ciertamente, la afección *HERNIA INGUINAL* ha evolucionado desfavorablemente durante más de 4 años y en tiempo reciente ha limitado el quehacer del actor, de tal suerte que en junio de 2019 el médico tratante recomendara un manejo *conservador y expectante* de la enfermedad. Ya en la actualidad la afección resulta dolorosa para el accionante y es necesaria su corrección mediante una intervención quirúrgica para garantizar el desarrollo de sus habilidades técnicas.

Entonces, con independencia de que se trate de una discapacidad física transitoria o permanente, o de una enfermedad de origen común o de origen laboral, lo cierto es que se logró acreditar que efectivamente el actor sí padece una limitación para el ejercicio de sus labores y además, el conocimiento previo que tenía la entidad accionada de esta situación. Ergo, lo que podía esperarse de la Universidad en tales circunstancias era el despliegue de una acción afirmativa adicional por la cual propendiera por el nombramiento en provisionalidad del actor en otro cargo. Empero, aunque la institución enuncia en su informe que evaluará tal posibilidad conforme a la

Circular 01 de 2020, lo cierto es que a renglón seguido se contradice afirmando que al actor no son aplicables los criterios que contiene dicha circular.

6.4.1 Por ello, en aras de amparar en la mejor medida posible la estabilidad laboral del actor, pero respetando en todo caso los derechos de carrera de quienes aprobaron el proceso de selección, así como las reglas del concurso -mecanismo establecido por el constituyente para la selección del talento humano del Estado-, el despacho ordenará que se vincule al accionante en provisionalidad a alguno de los empleos de Operario Calificado o cargos de funciones y remuneración similares en la jurisdicción de la sede Medellín de la UNAL, que hubieren quedado vacantes o no hubieren sido provistos en uso de la lista de elegibles, bien porque haya declinado la persona nombrada, no haya superado el período de prueba o por cualquier otra causa y siempre y cuando exista la respectiva vacante.

En relación con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el reintegro efectivo, el despacho debe precisar que esta pretensión de contenido económico debe ventilarse a través de las acciones laborales ante la jurisdicción ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo atendiendo a la clase de vinculación (contractual, legal o reglamentaria). Además, esta sentencia no está ordenando el reintegro del accionante al mismo cargo sino a uno similar, razones todas que impiden resolver sobre la indemnización solicitada.

6.5 En relación con la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, el despacho no avizora tal, en la medida que la desvinculación del accionante obedeció a una causa objetiva según se expuso en precedencia. La Universidad adelantó un proceso de selección objetiva en ejercicio de su autonomía universitaria y en cumplimiento de los mandatos constitucionales que disponen que la provisión de empleos públicos debe surtirse mediante concurso de méritos. Por demás, los actos administrativos fueron notificados al actor y le fueron concedidas las oportunidades para contradecir las decisiones y en fin, los actos administrativos -por lo menos lo que fueron aportados-, se encuentran suficientemente motivados.

6.6 En relación con la afectación del derecho a la salud es del caso considerar que UNISALUD manifestó que ya había gestionado la práctica de la cirugía y que los servicios que demande la recuperación de la salud del accionante serán prestados hasta el 30 de agosto de 2020 y de ahí en adelante deberá el accionante afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sería del caso considerar la carencia de objeto por hecho superado, no obstante, en aras de asegurar la recuperación efectiva de la salud y la capacidad productiva del accionante y con fundamento en el principio de continuidad consignado en el artículo 6° literal d) de la Ley 1751 de 2015, el despacho ordenará a UNISALUD la prestación de todos los servicios médicos, insumos, citas y procedimientos posoperatorios que demande la recuperación de la salud del actor hasta tanto se logre su rehabilitación desde el punto de vista médico.

De este modo, el despacho precave que puedan retardarse indefinidamente por alguna de las entidades promotoras de salud pertenecientes al SGSSS a la cual decida afiliarse el accionante, la prestación de los servicios requeridos para el tratamiento de

la *HERNIA INGUINAL*, alegándose por la entidad, por ejemplo, una preexistencia. La anterior orden se cumplirá con independencia de que pueda vincularse o no al actor en la forma dispuesta en el numeral 6.4.1

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCOUO DE CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, administrando Justicia en nombre la República de Colombia y por Autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral y la salud del ciudadano **CARLOS ENRIQUE ÚSUGA GALLO**, identificado con cédula 15.404.741.

SEGUNDO: ORDENAR a la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA (Sede Medellín)** que en el término máximo de cinco (5) días y una vez efectuada la verificación de las vacantes, vincule al accionante en provisionalidad a alguno de los empleos de Operario Calificado o a un cargo de funciones y remuneración similares en la jurisdicción de la sede Medellín de la UNAL, que hubieren quedado vacantes o no hubieren sido provistos en uso de la lista de elegibles, **siempre y cuando exista la respectiva vacante.**

TERCERO: ORDENAR a la **UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL** que garantice la prestación de todos los servicios médicos, insumos, citas y procedimientos posoperatorios que demande la recuperación de la salud del actor en relación con la patología *HERNIA INGUINAL* hasta tanto se logre su rehabilitación desde el punto de vista médico

Esta orden se cumplirá con independencia de que pueda vincularse o no al actor en la forma dispuesta en el numeral anterior

CUARTO: De no ser impugnada esta sentencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para efectos de su revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARIO JOSÉ LOZANO MADRID
JUEZ