

ACCION DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)

Radicado : 661704003002-2022-00712-01

JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO. Dosquebradas Risaralda.

Treinta y uno (31) de octubre de 2022

Accionante: LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA

Accionada: CONTRALORIA GENERAL DEL RISARALDA

Vinculados : E. P.S. Suramericana S.A.; Ministerio del Trabajo Regional Risaralda; Comité de Convivencia Laboral de la Contraloría General de Risaralda, Geovani Aristizábal , Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda y, Mateo Cadavid Jaramillo.

ASUNTO:

Procede el despacho a resolver la impugnación formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Dosquebradas, el día 30 de septiembre de 2022.

- 1.- Del escrito de tutela, se advierte que la accionante presentó inconformidad frente a su retiro del cargo de Secretaria General de la Contraloría General de Risaralda, por decretarse su insubsistencia.
- 2.- Que su notificación no cumplió con el debido proceso pues fue enviada al Correo electrónico, sin producirse su notificación personal. Consecuentemente, el acto no produce efectos jurídicos.
- 3.- Que como se encontraba incapacitada, no podía observar el correo electrónico donde se le notificaba la resolución.
- 4.- En consecuencia, tampoco había confirmado el acuse de recibo del correo electrónico.
- 5,. El acto administrativo requería de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.
- 6.- Que el acto administrativo tuvo una intención diferente al buen servicio o a las finalidades previstas en las normas que debían aplicarse, pues se hizo por razones de su condición de mujer, por su estado de salud, ajenas al mejoramiento

del servicio. Igualmente, descubre después, que también se hizo rápidamente para que ella no ocupara el cargo de contralor ante una eventual suspensión provisional del. Señor GIOVANI ARIAS.

7.- Que se le protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, - para evitar daños irreparables; al trabajo, dignidad humana y a la salud.

TRÁMITE.

1. El 21 de septiembre de 2022, el juzgado en sede de primera instancia, recibió la demanda y, en la misma fecha la admitió, vinculando a quienes conforman la Litis, disponiendo su notificación y, como medida cautelar, la suspensión inmediata del acto administrativo cuestionado.
2. El 23 de septiembre fue vinculado el doctor GIOVANY ARIAS.
3. El 26 de septiembre el juzgado constitucional de primera instancia, consideró que no se cumplía con el requisito de “Que la solicitud de protección constitucional contenida en la acción de tutela tenga vocación aparente de viabilidad por estar respaldada en fundamentos: (a) fácticos posibles y (b) jurídicos razonables, es decir, que exista la apariencia de un buen derecho (fumus boni iuris). En consecuencia, revocó la medida cautelar.
4. La Asamblea Departamental de Risaralda indicó que no le consta los hechos de la tutela y, que en esta época no se encuentran sesionando.
5. EPS SURA, indica que la tutelante se encuentra vinculada a la misma y, que la tutela está dirigida a la Contraloría Departamental de Risaralda; que le han prestado los servicios médicos asistenciales que ha requerido y consideran no estarle violando el derecho a la salud. Solicita su desvinculación.
6. A través de apoderado, el doctor GIOVANI ARIAS, presenta solicitud de nulidad, en virtud a la competencia territorial, pues el hecho se presenta en la ciudad de Pereira y, la accionante tiene como domicilio la ciudad de Pereira.
7. La Contraloría General de Risaralda, indica que se opone a las pretensiones de la actora; no registró ninguna clase de incapacidad médica cuando se le enteró de la Resolución; la incapacidad aducida corresponde al otro día de la Resolución y, que habiendo comparecido a la Oficina el día 1º de septiembre en la mañana, se negó a firmar la notificación. Que su declaratoria de insubsistencia obedeció al ánimo de mejorar el servicio de la institución. Así, entonces también propuso la falta de competencia territorial, por donde se presta el servicio, donde se hizo el pronunciamiento atacado y, la residencia de la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA

LOPERA, en la ciudad de Pereira. Que las incapacidades y remisiones médicas, no fueron radicadas en la institución.

8. El Comité de Convivencia Laboral, manifestó que conoció de una queja por Traslado de la Contraloría General ante la renuncia de otro funcionario. Escuchó a la doctor LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA el día 31 de agosto y, al doctor GIOVANI ARIAS el día 13 de septiembre de 2022. Se escucharon otros empleados relacionados en esa queja. De los otros hechos, manifestó no tener conocimiento alguno.
9. La dirección Territorial de Risaralda, del Ministerio de Trabajo, informó que no conoce de los hechos de la tutela y, aseguró que el Ministerio del trabajo no tiene competencia en asuntos particulares y concretos de Funcionarios Públicos, que los mismos deben ser puestos en conocimiento y adelantarse, si es del caso, por la Procuraduría General de la Nación, La Oficina de Control Interno disciplinario de la Contraloría General de Risaralda y por el juez natural competente de estos asuntos.
10. El doctor GEOVANI ARIAS, a través de apoderado, se refirió a la acción de tutela destacando que la competencia habría de corresponder al juzgado Pereira y, no de Dosquebradas; habla sobre los formalismos e interpretaciones del acto de desvinculación por declaratoria de insubsistencia y, la no presencia de circunstancias que tuviera la tutelante, para considerarse de especial protección. Su caso, puede ser conocido como demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
11. El Tribunal Contencioso Administrativo informó que, el día 26 de septiembre hogaño a las 02:582p.m., recibió solicitud de parte del señor Mateo Cadavid Jaramillo, con el fin de que la Corporación, en los términos del artículo 5º de la Ley 330 de 1964, realizara su posesión como Contralor Departamental Encargado, en razón de la suspensión provisional del acto administrativo de elección de quien fungía como tal (Giovani Arias), medida cautelar decretada por el H. Consejo de Estado dentro de proceso Notificado a través de correo electrónico en la misma fecha a las 09:44 A.M.2 A través de correo electrónico. el cumplimiento de las calidades exigidas por la Constitución Política y la ley electoral que tramita este Tribunal contra el acto de su elección, encargo que obedece al hecho de ostentar el solicitante el cargo de mayor jerarquía dentro de dicha entidad, y cuya posesión debía efectuar ante un Tribunal, toda vez que la Asamblea Departamental de Risaralda no se encuentra sesionando. Con ocasión de dicha solicitud, este Tribunal, mediante oficio No. 004 del 28 de septiembre de 2022, requirió al peticionario para que aportara copia íntegra de su hoja de vida y los certificados de antecedentes, a lo cual se dio oportuna respuesta en la misma fecha. Encontrándose el Tribunal al

estudio de la documentación allegada por parte del señor Mateo Cadavid Jaramillo, a efectos de determinar la viabilidad legal de dicha posesión, fue recibida la notificación de la vinculación a este trámite constitucional dispuesta por este Despacho Judicial, ante lo cual la Presidencia de esta Corporación, con oficio No. 834 del presente, enviado a través de correo electrónico al peticionario y a la Contraloría de Risaralda, procedió a informar que, por ahora, no es posible continuar con la diligencia de posesión solicitada, siendo éste el estado actual de dicho trámite.

SENTENCIA IMPUGNADA.

En decisión del 30 de septiembre pasado, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS, tuteló los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud física y mental, trabajo, mínimo vital, debido proceso, el derecho de las mujeres a una vida libre sin violencia, y al principio de igualdad y no discriminación de la mujer, de los que es titular la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA. Se concedió la acción de tutela en contra de la CONTRALORIA GENERAL DE RISARALDA, como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, por el término de cuatro (4) meses, para que la accionante inicie las acciones legales pertinentes. Se ordenó su reintegro en el término de 48 horas al mismo cargo que venía desempeñando. El reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de pagar. Negó el pago de indemnizaciones. Instó a la Institución a implementar protocolo para la atención de los casos de violencia de género y las denuncias de acoso laboral. Se conminó al Comité de Convivencia laboral de la Contraloría General de Risaralda, establezca el mismo protocolo de protección. Se ordenó a la EPS. SURA brindar de manera prioritaria un seguimiento clínico a la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, en lo que respecta a los servicios de salud que llegue a requerir y, en caso de ser necesario, se le reporte a la respectiva entidad del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales (sic.) Se desvinculó al doctor MATEO CADAVID JARAMILLO, LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE RISARALDA, EL MINISTERIO DE TRABAJO- REGIONAL RISARALDA- EL DOCTOR GEOVANI ARIAS y EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA.

IMPUGNACIÓN:

1.- Por parte del doctor GIOVANI ARIAS.

Acepta todos los argumentos esgrimidos en primera instancia sobre la protección de la mujer y la inclusión de género. Pero que esta jurisprudencia expuesta, no

consagra los supuestos de han dado origen a la presente acción de tutela, llegando un fallo desproporcionado, permite el abuso del derecho por fraude procesal, se cohonesto con un fraude procesal y convierte la acción de tutela en un verdadero proceso ordinario para judicializar actos administrativos. No se justifica los mecanismos para evitar un perjuicio irremediable a la accionante; existe el control judicial. Que la accionante tenía el deber de dar a conocer la situación personal de incapacidad o enfermedad a su nominador; los empleadores no pueden ser clarividentes sobre las condiciones de salud de sus empleados, cuando han faltado al deber de notificación. El fallo borra de un plumazo el concepto de acto administrativo, el atributo de la presunción de legalidad del mismo, la naturaleza de discrecionalidad administrativa y la figura de la insubsistencia, bajo presunciones de hecho que jamás fueron probadas y que el A quo pretende conceder de manera arbitraria, quedando en una franja muy sutil entre la protección constitucional y el prevaricato por acción..El fallo confunde la declaratoria de “insubsistencia” producto de la facultad discrecional del nominador frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, con la “destitución” que es producto de una sanción disciplinaria, al exigir para su aplicación: llamados de atención, evaluaciones de desempeño, requerimientos, anotaciones en hojas de vida y demás. Yerra el juzgado de primera instancia al afirmar a folio 31 del fallo impugnado: Aceptar esto es desdibujar la noción de insubsistencia, es negar el pacífico precedente que existe sobre el particular del Consejo de Estado, sin justificación alguna, y, de paso, es cohonestar con que se pueda aplicar los mecanismos constitucionales de manera ilimitada, irrazonable y arbitraria.

Así las cosas, se demostró en el proceso de tutela que el suscrito en calidad de CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE RISARALDA, tenía la facultad de nombrar y remover varios empleados dentro de la entidad, entre ellos el de la SECRETARIA GENERAL, empleo público que detentaba la accionante y al que llegó de manera “discrecional”, esto es, porque el suscrito decidió nombrarla No tiene presentación que un funcionario sea nombrado por su empleador de manera libre, discrecional, pero para removerlo, una vez le ha perdido confianza, esté obligado a procedimientos que la ley no prevé.

2Entrena Cuesta Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, cit., P 175.3Mozo Seane. “La discrecionalidad de la administración”, Cit., P 411.

Que es frágil el argumento de la competencia territorial, porque únicamente se basa en la búsqueda del apoyo en la familia residente en este municipio.

Existe prueba en el proceso que demuestran con grado de certeza: 1. Que la accionante no estaba formalmente incapacitada para el día 1 de septiembre de 2022, fecha en la cual fue declarada insubsistente .2. Que la accionante

acudió a las instalaciones de la Contraloría General de Risaralda a trabajar el día 1 de septiembre de 2022, fecha en la cual fue declarada insubsistente. 3. Que la accionante fue notificada de la declaratoria de insubsistencia el día 1 de septiembre de 2022, mientras se hallaba laborando tranquilamente. 4. Que la accionante se negó a firmar la comunicación del acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente, el día 1 de septiembre de 2022, antes de haber sido incapacitada. 5. Que la incapacidad que hoy pretende enrostrar la accionante y que el A Quo da por cierta, no reúne las condiciones técnicas para ser retroactiva.

Que la accionante solo habla de acoso laboral en la tutela, pero antes, mientras estuvo laborando, jamás se quejó de ello, ni denunció los supuestos actos. De todos estos hechos existe prueba en el expediente, sin embargo, el A Quo decidió pretermitirlas y concentrarse en justificar un acoso laboral, una discriminación y un conflicto de género, para conceder el amparo, sin que existiera prueba alguna de tales situaciones de suyo reprochables.

Olvida el A Quo que la accionante detentaba un cargo de dirección, confianza y posición dominante dentro de la entidad, CONTRALORIA GENERAL DE RISARALDA, esto es, era la segunda al mando, razón por la cual resulta ilógico, fantástico y artificioso que pudiera haber sido objeto de persecución, acoso, intimidación, amenaza y maltrato, sin que hubiere activado los protocolos legales. Además, no puede dejarse de lado que la accionante es abogada, por ende, conocedora de todos y cada uno de los mecanismos jurídicos que le otorgan protección. Pese a lo anterior, nunca activó protocolo alguno, jamás presentó querrela o denuncia alguna, solo reprochó estos supuestos comportamientos cuando fue desvinculada de la entidad, lo que demuestra su afán de retaliación con la única finalidad de evitar ser separada de un cargo de libre nombramiento y remoción.

El A quo da valor a una prueba documental allegada al proceso que no tiene relación con la accionante ni los accionados, pero la utiliza como piedra angular de sus afirmaciones que reprochan una supuesta discriminación de género. Por último, no puede dejarse pasar por alto esta oportunidad para reprochar el que el A quo haya dado valor a un documento creado por un tercero, contra otro tercero, que nada tienen que ver con la accionante dentro del proceso de la referencia.

2.- Por parte de LA CONTRALORIA GENERAL DE RISARALDA. Que el requisito de procedibilidad de la acción de tutela debe estar debidamente probada la necesidad del amparo para evitar el perjuicio irremediable.

Que conforme a la sentencia T-1008 de 2012, La Corte Constitucional estableció la procedencia subsidiaria de la tutela, pero no como medio alternativo o facultativo; sin que se pueda abusar de este medio.

Que la jurisprudencia constitucional ha determinado que “la legalidad de un acto administrativo se presume, obligando a demostrar a quien pretende controvertirlo que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Que la sentencia impugnada se ha basado en que la accionante depende económicamente de su salario, además de manifestar una indebida notificación de la resolución 178 de 2022, desconociendo las ritualidades jurídicas de la declaratoria de insubsistencia.

Resalta que el funcionario asumió por instrucción del Contralor General de Risaralda, la cartera de la Secretaría General del organismo de control y se realizaron dos comités de trabajo en aras de mejorar el servicio de la entidad pública, esto es, realizar acciones y actividades en pro del adecuado funcionamiento de la Contraloría General del Risaralda.

El acto puede notificarse o comunicarse o publicarse; el mismo fue notificado, comunicado y publicado. El perjuicio debe ser grave y la accionante no demostró esa gravedad.

Las medidas urgentes para superar el daño, debe ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; la accionante seguiría con la protección de seguridad social por 3 meses más, como lo dispone el Decreto 806 de 1008, artículo 75. Y, el acoso laboral debe ser sometido a debate procesal ante las instancias correspondientes, con sujeción al debido proceso y derecho de contradicción.

Las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

No se encuentra probada la afectación al derecho a la dignidad humana, pues tampoco probó los actos discriminatorios en su contra, en condición de mujer. La queja es del señor JOSE NELSON ESTRADA HENAO ante la auditoria general de la república.

Que la señora Juez A quo, estaría violando los derechos fundamentales de la entidad accionada y, especialmente, el derecho al debido proceso.

Relaciona las normas relativas al reparto de las acciones constitucionales, que se ha solicitado la nulidad de lo actuado y, enviar el proceso al juez natural.

Que existe defecto procedimental absoluto presentado en la decisión de primera instancia, porque es un juez de lo contencioso administrativo el llamado a dirimir la nulidad de la resolución 178 de 2022.

Que existe defecto fáctico presentado en la decisión de primera instancia, especialmente por falta de valoración de las pruebas allegadas por la accionada.

Que se ejercita por la accionante, un abuso del derecho.

CONSIDERACIONES:

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

En el caso concreto la queja constitucional se plantea contra La Contraloría General de Risaralda, por el hecho de la expedición de la Resolución No. 178 de 2022, mediante la cual se declara la insubsistencia de la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, como Secretaria General de la Contraloría General de Risaralda.

Delanteramente hay que decir, que la JUEZ CONSTITUCIONAL EN PRIMERA INSTANCIA ha resuelto atendiendo el aspecto formal, lo que se ha ventilado como FALTA DE COMPETENCIA, por el lugar del domicilio de las partes involucradas en el acto administrativo.

Evidentemente establece la ley procesal, en la regulación del derecho fundamental, que todos los jueces del territorio nacional tenemos competencia para asumir la protección de los derechos fundamentales de las personas que acá habitamos.

Ahora, la regulación de los REPARTOS, se ha realizado a través de varios decretos, en el cual se establece que los asuntos de protección de derechos fundamentales sean repartidos – como una opción “a los jueces civiles municipales del lugar en donde se produzca sus efectos – violatorios o de amenaza”.

Todas las acciones de particulares y de los empleados públicos, están regidos por el principio de la buena fe; esa buena fe puede ser desvirtuada. Y, en este caso concreto, la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, afirmó –bajo la gravedad del juramento- que tenía su domicilio (provisional) en el Municipio de Dosquebradas y, por ende, como los derechos persiguen a la persona física, la competencia radica en este municipio, en cuyo orden de ideas, este sede ejerce la segunda instancia.

Es una afirmación que, en ningún momento se encuentre desvirtuada, porque de ser así, la nulidad se podrá decretar en esta instancia y devolver la actuación al juez de REPARTO, correspondiente, como lo solicitan el accionado y vinculados.

Como no es suficiente, el ya muy trinado y sustentado “incidente de nulidad” por falta de COMPETENCIA, este despacho entrará a resolver lo pertinente, atendiendo la competencia, que se ha configurado.

No es por demás, entonces, considerar igualmente, que esa afirmación que determina la competencia en este Distrito Judicial, ha sido cuestionada públicamente desde antes de llegar en conocimiento esta acción y, por tanto, se solicitó a la secretaria adosar sendas constancias (del Juez Constitucional en las acciones de tutela acumuladas promovidas por La Contraloría General de Risaralda y, por el doctor GIOVANI ARIAS, en contra del Juzgado Segundo Civil Municipal de Dosquebradas – y, del notificador de este despacho.

Así pues, que esa facultad de desvirtuar la afirmación del domicilio de la accionante y, las aseveraciones anónimas sobre la injerencia de la señora JUEZ SEGUNDA CIVIL MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS para los resultados del reparto, a efectos de ser ella quien decidiera este amparo constitucional, deberá hacerse por otras vías, como posteriormente se direccionará.

Y, no se puede establecer a priori, una especie de “proceso” para atender las suplicas de la accionante en aras de llamar a declarar a sus parientes y cercanos, para que se atienda su acalorada manifestación de tachar al empleado de “falso o mentiroso”, porque él ha dicho que no la encontró en el lugar que señaló como “domicilio” provisional.

DE LA INMEDIATEZ.

Se encuentra satisfecha esta exigencia, porque la inconformidad contra el acto administrativo, que niega haberlo conocido en la fecha de expedición, es del día 1º. De septiembre de 2022 y, por tanto su demanda constitucional fue perentoria.

DE LA SUBSIDIARIDAD.

Estabilidad Laboral Reforzada

El artículo 53 de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación, particularmente, por tratarse de escenarios contractuales asimétricos.

De igual manera, la Corte ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”¹, que deriva directamente del principio y el derecho a la igualdad en el trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de personas en condición de vulnerabilidad, que en la evolución histórica de la sociedad han sufrido discriminación por razones sociales, económicas, físicas o mentales.

En términos generales, son titulares de la estabilidad laboral reforzada las personas amparadas por el fuero sindical, aquellas en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, pues el objetivo de esa figura es “*proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña*”².

*En la **Sentencia T-106 de 2015**, la Corte precisó que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad. De esta manera, la mencionada garantía configura un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro significativo de su salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben contar con la protección constitucional necesaria que evite escenarios de discriminación por su condición, sin que para tal efecto requiera contar con invalidez declarada, certificada y cuantificada por la autoridad competente.*³

La estabilidad laboral reforzada implica, entonces, que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que llevan a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus

¹ Sentencia de Tutela T 2019-00014, Corte Constitucional

² Sentencia de Tutela T 2019-00014, Corte Constitucional

³ Sentencia de Tutela T 2019-00014, Corte Constitucional

funciones y sean verificados por el Inspector de Trabajo cuando se trate de *“asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público”*, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales que tiene el Estado colombiano en materia laboral, con el fin de forjar *“relaciones laborales en una forma ordenada y constructiva”*⁴.

Dicha prerrogativa no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Lo que garantiza es que el despido no se produzca en razón de su especial condición, particularmente si se trata de una persona en situación de discapacidad física o mental. De esta manera, la mencionada protección **no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de *“un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”***. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos fundados en causas discriminatorias en contra de la población más vulnerable entre los trabajadores.

Conforme a lo anterior, el trabajador que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta debe permanecer en su puesto mientras no se presente una causa objetiva y justa para su desvinculación.

Este Tribunal ha expresado la necesidad de consolidar relaciones equitativas en el escenario laboral, por tal razón, se han establecido acciones afirmativas bajo la premisa de la disparidad de fuerzas que la componen, principalmente en razón de su asimetría. En consecuencia, el Texto Superior permite evidenciar *“(...) la existencia de un verdadero derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión”*.

La mencionada protección le asiste a quienes acrediten su discapacidad, pero también a las personas que están en situación de debilidad manifiesta debido a importantes deterioros en su estado de salud que *“(...) impide[n] o dificulta[n] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”*. De tal suerte, *“(...) siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite*

⁴Sentencia de Tutela T 2019-00014, Corte Constitucional

una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”.

En suma, la estabilidad laboral reforzada tiene como objetivo brindar protección adicional a las personas que puedan ser apartadas de su trabajo, con ocasión de una eventualidad médica por la que transitoriamente pueda atravesar. La Corte ha señalado que la inobservancia de las limitaciones o formalidades para el despido de personas con limitaciones de salud genera como consecuencia la invalidez del despido. En ese sentido el vínculo laboral que, aparentemente y como un acto discriminatorio por parte del empleador, había terminado, no puede entenderse jurídicamente finalizado.⁵

La accionante se encontraba vinculada como funcionaria de libre nombramiento y remoción, cuya relación terminó mediante Resolución –acto administrativo- que declaró insubsistente su nombramiento y, por tanto, está cubierto por el principio de legalidad.

Problema jurídico y solución

Con base en lo expuesto por las partes, este Juzgado debe decidir si la sentencia adoptada por el *a quo*, fue acorde a los preceptos legales para haber realizado la totalidad de las medidas protectoras o, por el contrario, se encuentra demostrado la causal de improcedencia, por los fundamentos de la decisión en primera instancia, por la existencia de otros mecanismos legales y/o, no haberse demostrado la existencia de un perjuicio irremediable.

De entrada, advierte el Juzgado la improcedencia del amparo, para revocar la decisión impugnada, por falta de subsidiaridad y la falta de demostración del perjuicio grave como mecanismo transitorio tendiente de concretar la tutela promovida. .

DEL CASO CONCRETO

Lo que ha petitionado la accionante es:

⁵ Sentencia de Tutela T 2019-00014, Corte Constitucional

La protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, - para evitar daños irreparables; al trabajo, dignidad humana y a la salud. Lo anterior en virtud a su retiro del cargo de Secretaria General de la Contraloría General de Risaralda, por declaratoria de insubsistencia. Que su notificación no cumplió con el debido proceso, no le fue notificada personalmente y, el acto no produce efectos jurídicos. Que se encontraba incapacitada y no confirmó el acuse de recibo del correo electrónico. El acto administrativo requería de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; el efecto fue diferente a la intención del buen servicio; se hizo por su condición de mujer, por su estado de salud y, para obstruir su paso al ejercicio de CONTRALORA GENERAL DE RISARALDA, ante la eminente suspensión del CONTRALOR GENERAL DE RISARALDA.

Lo que ha protegido la Juez Constitucional en Primera instancia:

tuteló los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud física y mental, trabajo, mínimo vital, debido proceso, el derecho de las mujeres a una vida libre sin violencia, y al principio de igualdad y no discriminación de la mujer, de los que es titular la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA. Se concedió la acción de tutela en contra de la CONTRALORIA GENERAL DE RISARALDA, como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, por el término de cuatro (4) meses, para que la accionante inicie las acciones legales pertinentes. Se ordenó su reintegro en el término de 48 horas al mismo cargo que venía desempeñando. El reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de pagar. Negó el pago de indemnizaciones. Instó a la Institución a implementar protocolo para la atención de los casos de violencia de género y las denuncias de acoso laboral. Se conminó al Comité de Convivencia laboral de la Contraloría General de Risaralda, establezca el mismo protocolo de protección. Se ordenó a la EPS. SURA brindar de manera prioritaria un seguimiento clínico a la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, en lo que respecta a los servicios de salud que llegue a requerir y, en caso de ser necesario, se le reporte a la respectiva entidad del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales (sic.).

“ (...) En este sentido, la Corte ha manifestado que “siempre que la acción de tutela sea utilizada como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la existencia de un perjuicio irremediable: ese fue precisamente el requisito impuesto por el Constituyente y no puede ni la Corte, ni ningún otro juez, pasarlo inadvertido”.

Bajo esta regla, en reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado que **la acción de tutela no procede para el cobro de acreencias laborales**. En estos eventos, el afectado dispone de las acciones legales correspondientes ante

la jurisdicción ordinaria en su competencia laboral o la jurisdicción contencioso administrativa, según la forma de vinculación laboral (...)”⁶

Resulta “relevante destacar que en aplicación de la citada regla jurisprudencial genérica, la Corte ha señalado que la acción de tutela sólo es procedente para reclamar el pago de acreencias laborales si se acredita la afectación de un derecho fundamental, como lo es el mínimo vital, siempre que el otro medio de defensa judicial no sea idóneo; o si, en su lugar, se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable respecto de uno de tales derechos, por ejemplo, en razón a la edad y al estado de salud del accionante”

En el caso concreto, este aspecto no está afectado con el acto administrativo impugnado, por cuanto la edad, la formación profesional su arraigo y composición familiar, su forma de vinculación a la administración pública, no le tiene sentado un derrotero futurista o acoge circunstancias de desmedro en la salud de tal forma que se le haga merecedora de una protección inmediata y, si nos atenemos a los diagnósticos dados hasta la fecha, ha tenido unas afectaciones que únicamente le dan unas incapacidades laborales, por espacios pequeños, ante circunstancias que son atendidas por la solidaridad familiar, como cuando su señor padre la retiró del centro hospitalario para atenderla personalmente.

El debido proceso, se conjuga con las normas administrativas que regulan la condición de empleado de libre nombramiento y remoción, para el cual, es viable la declaratoria de insubsistencia.

A las luces del Decreto 2400 de 1968, en su artículo 30 cuando se estableció que los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, se dividen en 1. De libre nombramiento y remoción y, 2. De Carrera.. El artículo 25, modificado por el Artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, estableció las formas de dar por terminada dicha vinculación, entre otras, por declaración de insubsistencia. También, el artículo 26, referente a los empleados que no son de carrera, que podían ser declarados insubsistentes libremente por el nominador, sin que fuera necesaria motivar la providencia. En estos casos, debería dejarse constancia del hecho en la respectiva hoja de vida del funcionario.

El Decreto 1950 de 1973 en su artículo 107, por primera vez estableció la facultad discrecional con la que cuenta el gobierno para nombrar y remover libremente a sus empleados mediante la cual puede declarar la insubsistencia de un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia.

⁶ Tutela 157 de 2014

En el caso concreto, las partes están de acuerdo que la accionante desempeñaba una función mediante la modalidad de libre nombramiento y remoción, que debe estar catalogada en su modalidad por el artículo 5º, numeral 2º, de la Ley 443 de 1998 y, sus modificaciones o actualizaciones, previstas por la Ley 1093 de 2006 y 909 de 2004.

Ya la ley 909 de 2004, en su artículo 41, define las causales de retiro del servicio para empleados de libre nombramiento y remoción, especialmente: “Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción”.

En el Decreto único reglamentario del Sector Función Pública. Decreto 1083 de 2015, con respecto a las causales de retiro del servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 909 de 2004, en relación específica de la desvinculación del cargo de libre nombramiento y remoción, NO DEBE SER MOTIVADO y, la permanencia en los mismos depende de la discrecionalidad del nominador; aspecto contemplado y acogido por la Corte Constitucional, entre otras, SU-539-2012, C-618-2015.

Para morigerar esa facultad amplia y discrecional, se tiene la constancia en la hoja de vida de los hechos y las razones que dieron origen a la desvinculación.

La desvinculación no puede tener relación de causalidad con el estado del actor, limitando la discrecionalidad del empleador para ocasionar el retiro del empleado de libre nombramiento y remoción; en los casos de creación jurisprudencia y legal como:

- 1.- Mujeres embarazadas.
- 2.- Pre- pensionados.
- 3.- Reten social.
- 4.- Discapacitados
- 5.- Fuero sindical.
- 6.- Madres /padres Cabeza de Familia.
- 7.- Adulto mayor.

Para el caso en estudio se descarta, porque no ha sido alegado por la accionante, que se encuentre en estado de embarazo, no cumple condición de pre pensionada, no ejerce el retén social por reestructuración institucional, no se

encuentra discapacitada, no esta amparada por fuero sindical, no es madre cabeza de familia y, tampoco cumple con los requisitos de adulto mayor.

“ (...) Respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción que se encuentren discapacitados, ha dicho la Corte que en materia de protección constitucional de las personas discapacitadas no se pueden establecer diferencias entre trabajadores particulares y funcionarios públicos. En efecto, el acceso y permanencia en cargos públicos, en tanto que derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23) comporta que las personas que sufran alguna clase de discapacidad no puedan ser discriminadas en materia de función pública. Por supuesto que, los fines que debe cumplir el Estado y la debida prestación del servicio deben ponderarse, en el caso concreto, con los derechos a la igualdad y el mencionado derecho político, lo cual implica que, si dadas las circunstancias la persona puede ser reubicada en la respectiva entidad y cumple sus labores, resulta inadmisibles desvinculada del servicio simplemente por padecer una enfermedad, así ésta no sea de origen profesional sino común. Tanto más y en cuanto, como en el presente caso, se trata de una madre cabeza de familia, es decir, un sujeto de especial protección constitucional. (...)”⁷

Se tiene por sentado acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el acto de declaratoria de insubsistencia por facultad discrecional es inmotivado, cuenta por presunción legal de estar fundamentado en la prestación del servicio.

Ya recurriendo al Consejo de Estado, en armonía con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que:; no limitan la facultad discrecional del nominador: (i) La enfermedad grave (Fallo 1928-13 de 2013), (ii) la expectativa pensional o la calidad de pre-pensionado (Fallo 2012-00337 de 2005, Fallo 1816-09 de 2012, Fallo 1928-13 de 2013, Fallo 3685-13 de 2016), (iii) las altas capacidades, (iv) los logros académicos o (v) el buen desempeño (Fallo 0752-09 de 2011), (vi) las calificaciones superiores en el desempeño de las funciones o el cumplimiento efectivo de las mismas (Fallo 1928-13 de 2013), ni (vii) los casos de reten social, ya que dicho derecho se presenta únicamente como garantía de estabilidad para los funcionarios públicos que se encuentran próximos a pensionarse y que se ven sujetos a un proceso de reestructuración dentro del ente público al que se encuentran adscritos (Fallo 2012-00337 de 2005, Fallo 1585-08 de 2012, Fallo 1781-12 de 2012, Fallo 1928-13 de 2013, Fallo 2113-10 de 2013, Fallo 1928-13 de 2013)

La facultad discrecional puede ser ejercida en cualquier momento, sin necesidad de motivar el acto ya que este cuenta con presunción legal de haberse expedido

⁷ T-687-2009

en aras del buen servicio público (que admite prueba en contra), sin la necesidad de agotar proceso previo, lo anterior ha sido dispuesto en múltiples providencias como, 2339-15 de 2016, 2593-13 de 2016, 45544 de 2016.

Ha dejado sentado el Consejo de Estado que la omisión de la constancia en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción, de las razones que llevaron a la declaratoria de insubsistencia, no genera la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento, como tampoco es requisito de existencia y validez del mismo, tal como se evidencia en los Fallos 1592-10 de 2012, 1819-11 de 2012, 1781-12 de 2012, 1412-14 de 2015. Aunado, a esto, considera el despacho que tampoco hay un término establecido para que el funcionario lleve dichas anotaciones a la hoja de vida; es un término indefinido.

Referente al acto de comunicación de la declaratoria de insubsistencia por facultad discrecional, estableció que frente a esta acto administrativo no procede recurso alguno, al tener solo un carácter de comunicación. Sentencias 2445-12 y 0224-13 de 2013.

No encontrando ningún aspecto loable que registre la presencia de un estado de debilidad manifiesta que radique en la tutelante una protección laboral reforzada conforme a los lineamientos jurisprudenciales, se torna improcedente este amparo impugnado; pues únicamente, si se considerara su diagnóstico médico como ENFERMEDAD GRAVE, aún así, no limita la facultad discrecional del nominador a su favor.

Tampoco puede considerarse que se ha afectado el Derecho a la dignidad humana, porque ninguna prueba preexistente se ha esgrimido para que la ley acoja su pretensión; el Comité de Convivencia Laboral de su institución, no conoce caso concreto; únicamente el que se trasladó de la Auditoría General de la República, presentada por el ex trabajador JOSE NELSON ESTRADA HENAO; no hay bases suficientes para sustentar un acoso laboral por condición de MUJER, porque al Contralor General de Risaralda, no se le había formulado trámite disciplinario o penal, si ello hubiera sido procedente, para que él tuviera la oportunidad de controvertir el hecho.

La protección a la salud física y mental, como lo expone la a quo, no tiene el suficiente peso constitucional y/o jurisprudencial, porque véase como el diagnóstico médico, ni tan siquiera, la califica de GRAVE; claro que merece toda su consideración y respeto, pero debe utilizar los canales de prevención y sanción para el caso concreto y, poder así, edificar, siendo posible, una causal de estabilidad laboral reforzada, pero mediante el debido proceso.

El trabajo y mínimo vital, ya se encuentra decantado en esta providencia, que en las condiciones de empleada de libre nombramiento y remoción, existe la facultad discrecional del nominador para hacer su retiro; no es suficiente, que porque venga un hecho futuro que haga dejar provisionalmente o definitivamente su función, el nominador, éste no pueda ejercer su cargo y atribuciones hasta el momento de su suspensión legal. Es la modalidad de la vinculación la que le hacía sabedora que su ejercicio profesional iba sujeto a voluntad del nominador y, a circunstancias objetivas, no motivadas; en tanto así, sus ingresos no tenían una percepción más allá de la continuación de la voluntad nominadora.

Del debido proceso, se encuentra que el acto de comunicación se realizó en debida forma; los videos aportados visualizan su entrada a la oficina y salida posterior, cuando se le enteró –seguramente- de su retiro del servicio; no presentó incapacidades porque mire que también tenía correo electrónico y las redes de acceso a la institución, las cuales no utilizó caprichosamente. No se puede sustentar EL BUEN DESEMPEÑO, o las calidades de la accionante, para contrarrestar la voluntad del legislador en los empleos de libre nombramiento y remoción, como en este caso. Este es otro aspecto, que no ha tenido acogida ni legal, ni jurisprudencial.

Del derecho de las mujeres a una vida libre sin violencia, y al principio de igualdad y no discriminación de la mujer, de los que es titular la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA.

Es loable, aceptable y respetable la protección a la mujer; pero esas especiales circunstancias que cobijan la petición tutelar y, las pruebas allegadas para el mismo derecho afectado, no son suficientes y más bien se tornan disímiles. Obsérvese pues que hasta el momento de la comunicación del acto administrativo, la tutelante no había puesto en conocimiento circunstancia alguna que le afectara dentro del entorno laboral y, menos, en el exterior.

Ella como Secretaria General y segunda a mando, en su profesión de abogada y de mujer, ha debido expresarse oportunamente frente a los presuntos vejámenes o acosos recibidos y utilizar los protocolos para efectivizar sus derechos y de las demás empleadas que deberían tener confianza en LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA. Pero, lo único que se tiene previo a la comunicación de su desvinculación, es la copia de la renuncia que hizo el señor JOSE NELSON ESTRADA HENAO, aduciendo causales de ACOSO LABORAL y, señalando que la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, estaba siendo acosada laboralmente en su condición de mujer.

Entonces se pregunta el despacho; era acoso laboral por su condición de mujer; o era acoso laboral sin inclusión de género, porque esa circunstancia fue la que el señor JOSE NELSON ESTRADA HENAO argumentó como su lógica causal de renuncia.

De todas maneras, no existe suficiente causal probatorio para que el juez constitucional elabore una protección –temporal- sin acudir al debido proceso que respalda a todas las partes.

OTRAS CONSIDERACIONES:

Ya se ha indicado mediante las constancias secretariales que obran en la actuación, que el suscrito juez constitucional ha recibido comunicaciones anónimas y en medios virtuales, especialmente en el sentido que la presente actuación constitucional habría sufrido un trámite inadecuado o acomodado en REPARTO para que le correspondiera su conocimiento a la señora JUEZ SEGUNDA CIVIL MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS. Igualmente, que se percataba una causal de nulidad porque la residencia o domicilio de la tutelante era en Pereira y no en Dosquebradas.

A raíz de esta comunicación confusa, el despacho tomó medidas preventivas y cuando se recibió las acciones de tutela en contra de la funcionaria Doctora LUZ STELLA OSPINA CANO; se dispuso la vinculación y notificación personal a la señora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA, en la dirección que aportó de esta municipalidad.

El notificador atendiendo las directrices del juez director, se desplazó hasta ese sector y no fue posible localizar personalmente a la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA; cuando se dijo que se tendría en cuenta ese informe, la doctora LOPERA tacha de falso y mentiroso al empleado del despacho y ofrece una serie de declaraciones para reafirmar su presencia en este municipio.

Se considera en esta instancia que la residencia de la accionante, es atendida bajo el principio de la buena fe; el despacho no la rechaza de plano, porque no tiene la facultad investigativa para corroborar su veracidad o desvirtuar la misma.

Lo que sí es de expresar en este momento, que la DOCTORA LUZ STELLA OSPINA CANO, JUEZ SEGUNDA CIVIL MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS, en una ocasión anterior, me planteó un problema jurídico que no me correspondería avocar; pero posteriormente me dijo, ante un testigo, que para ese caso ya se había proyectado una acción de tutela y todo estaba “arreglado” para que me tocara asumir a mí el conocimiento . Y acto seguido, me trató de coaccionar que para que le “ayudara” en la mejora de la situación carcelaria que estaba

atravesando un funcionario de la Alcaldía Municipal de Dosquebradas, quien se encontraba con medida de aseguramiento intramural junto con el Alcalde.

Como lo que se rumora con respecto a este caso, es similar al planteamiento que me hizo la funcionaria, considero importante en aras de brindar una justicia transparente, que La Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Risaralda, estudie la posibilidad y necesidad –si la hay- de investigar a los de Oficina de Reparto y, a la Doctora LUZ STELLA OSPINA CANO – Juez Segunda Civil Municipal de Dosquebradas.

También es del caso anotar, que si la doctora LINA MARCELA ARBOLEDA LOPERA quien aseguró que había trasladado su residencia a Dosquebradas Risaralda y, que no fue encontrada en el sitio indicado por el funcionario notificador, pudo haber participado en el entramado que posiblemente logró alterar el conocimiento de su mal orientada protección constitucional.

Otro reparo del juez constitucional, que ofrece dudas de actos tendientes a alterar el conocimiento, afectando la administración de justicia, es la del secretario del Despacho JOSE GUILLERMO GÓMEZ SERNA, porque desde el inicio de las informaciones anónimas instruí a todos los empleados que cuando llegara este caso, me informaran inmediatamente. El señor Secretario hizo el reparto interno, pero no informó al Juez que estaba esperando la información, ni por el GRUPO INTERNO, como ha sido costumbre permanente, para que todos sepamos a quien le corresponde una actuación.

Se ordenará compulsar las copias y/o enlaces pertinentes ante LA COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL RISARALDA, para que – respetuosamente- haga las consideraciones del caso.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE DOSQUEBRADAS RISARALDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

Primero.- SE REVOCA en su integridad la sentencia impugnada, de fecha y procedencia ya indicadas.

Segundo.- se DECRETA LA IMPROCEDENCIA del amparo tutelar, en contra de la CONTRALORIA GENERAL DE RISARALDA.

Tercero: Se desvincula de la presente acción a E. P.S. Suramericana S.A.; Ministerio del Trabajo Regional Risaralda; Comité de Convivencia Laboral de la

Contraloría General de Risaralda, Geovani Aristizábal, Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda Y, Mateo Cadavid Jaramillo.

Cuarto.- Notificar a las partes en la forma más expedita y eficaz. Comuníquese en igual forma, al Juzgado de primera instancia.

Quinto.- Háganse las compulsas o enlaces virtuales necesarios, ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, en los términos ya expuestos.

Sexto.- Enviar oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE,

EL JUEZ,

RODRIGO RAMOS GARCIA

Firmado Por:

Rodrigo Ramos Garcia

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

Dosquebradas - Risaralda

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: **0c7759a3dbd0b32ce1929d0ea9f89c422898095d6524f4f35b0c890a6054e294**

Documento generado en 31/10/2022 09:46:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>