



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD  
SOLEDAD – QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA  
RAD: 2024-00005 (T02-2024-00039-01 S.I.)  
ACCIONANTE: MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS  
ACCIONADO: DEPARTAMENTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA –  
SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BARRANQUILLA

**ASUNTO A TRATAR**

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada en contra del fallo de primera instancia proferido el 30 de enero de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS, en contra del DEPARTAMENTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BARRANQUILLA, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital, con fundamento en los siguientes:

**HECHOS**

La parte accionante señala como hechos de su solicitud de amparo, los que se exponen a continuación:

**PRIMERO:** Fui nombrada mediante resolución 01048 del 20 de febrero del año 2020, por parte de la Secretaría Distrital de Educación de la ciudad de Barranquilla, provisionalmente en vacante definitiva en el cargo de docente de aula - Área Básica Primaria, en la Institución Educativa Distrital Técnico Cooperativo Jesús Misericordioso.

**SEGUNDO:** En fecha 27 de febrero del año 2020 tomé posesión en el cargo para el cual fui nombrada, de conformidad con la resolución antes citada.

**TERCERO:** Desde la fecha de mi nombramiento ejercí con absoluta responsabilidad y diligencia mis funciones como docente de aula, para la cual fui nombrada, sin tener reporte negativo en mi desempeño.

**CUARTO:** En fecha 24 de julio de 2021, asisto a consulta medica con mi EPS, debido a ciertos síntomas que venía presentando y causaron un llamado de alerta en mi estado de salud. Ordenando el médico tratante en dicha consulta la realización de una prueba de VIH, por considerarse los síntomas presentados asociados a tal enfermedad.

**QUINTO:** Los resultados de los laboratorios clínicos realizados, arrojaron como resultado positivo para infección por VIH, siendo remitida inmediatamente a atención con infectología y programa médico de alto costo.

**SEXTO:** A partir del diagnostico antes mencionado, empecé el tratamiento de rigor a través de la EPS del Magisterio (FOMAG) donde me encontraba afiliada, recibiendo las atenciones necesarias para la patología presentada y los síntomas padecidos.

**SEPTIMO:** Debido al estado avanzado en que se encontraba la enfermedad y la progresividad de la misma, en el mes de noviembre del año 2021 sufrí una Encefalitis Cerebral que me llevó a permanecer en UCI desde el 23 de noviembre de 2021 hasta el 29 de noviembre de la misma anualidad.

**OCTAVO:** Tal complicación me causó afectaciones en mi locomoción, habla, mi visión y varias secuelas cerebrales, las cuales se pueden examinar a detalle en mi historia clínica.

**NOVENO:** Una vez salí de la UCI, permanecí en hospitalización hasta el día 18 de diciembre de 2021, con atención médica en casa por dieciocho (18) días adicionales.

**DÉCIMO:** El proceso de recuperación por los daños ocasionados fue lento y complejo, ya que tuve que empezar sesiones de terapia que me ayudaran a recuperar la movilidad en mis extremidades inferiores que se había visto afectada.

**DÉCIMO PRIMERO:** Una vez pude reintegrarme a mis labores como docente, y sin ser obligatorio para mí, puse en conocimiento de la Secretaría de Salud Distrital de Barranquilla mi diagnóstico con copia de la historia clínica, a través del Sistema de Atención al Ciudadano.

**DÉCIMO SEGUNDO:** La entidad accionada emitió respuesta a lo anterior, remitiéndome a control con medicina laboral para que se tuvieran en cuenta todas las recomendaciones y prescripciones médicas que debía seguir para el desempeño de mis labores como docente.

**DÉCIMO TERCERO:** Actualmente me encuentro en plena etapa de tratamiento con infectología, de alto costo y seguimiento con monitoreo constante debido a la complejidad y avanzado estado de mi patología, la cual se cataloga como una enfermedad catastrófica.

**DÉCIMO CUARTO:** Requiero de atenciones constantes y me encuentro medicada con medicamentos tales como: DOLUTEGRAVIR 50MG, DARUNAVIR 800 MG, RITONAVIR 100MG; los cuales todos me eran suministrados por parte de la EPS del magisterio y de los que dependo para evitar que se empeore y deterioren mis condiciones de vida.

**DÉCIMO QUINTO:** Mediante resolución 07193 de 2023 del 15 de diciembre de 2023, la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla, dio por terminado mi nombramiento en provisionalidad para proveer las vacantes definitivas obtenidas a través de concurso, a partir del 31 de diciembre de 2023.

**DÉCIMO SEXTO:** La entidad accionada, a pesar de conocer mi condición de salud y el estado de riesgo y afectación en que me encuentro, procedió a desvincularme dando por terminado el vínculo existente.

**DÉCIMO SEPTIMO:** Al momento de darse por terminado mi nombramiento me encuentro en plena etapa de recuperación y tratamiento de mi enfermedad, con síntomas visibles de las patologías diagnosticadas.

**DÉCIMO OCTAVO:** A la fecha se encuentra en vilo la continuidad de mi tratamiento médico y el poder contar con los recursos necesarios para mi congrua subsistencia, viéndose afectada mi capacidad de trabajo por la patología presentada.

**DÉCIMO NOVENO:** No existe medio lo suficientemente expedito, distinto a la presente acción de tutela para dirimir el conflicto que aquí se expone, debido a la urgencia que requiere el mismo por las condiciones de salud en que me encuentro, al padecer una enfermedad catastrófica y de cuidado inmediato, siendo necesario por parte del juez preservar y garantizar mis derechos fundamentales y evitar un daño irremediable en mis condiciones de vida.

## PRETENSIONES

1. Tutelar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, Trabajo, salud, seguridad social y el mínimo vital, así como cualquier otro que el señor Juez encuentre conculcado en cabeza de la suscrita **MARÍA CLAUDIA GARCÍA ROJAS**.
2. Con la finalidad de proteger los derechos vulnerados solicito al señor Juez impartir las siguientes ordenes:
  - 2.1. **ORDENAR al DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y a la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN DE BARRANQUILLA** según corresponda, al reintegro inmediato como docente de aula - Área Básica Primaria, en la Institución Educativa Distrital Técnico Cooperativo Jesús Misericordioso, o en un cargo similar, en el que me pueda desarrollar laboralmente y conforme a mis condiciones de salud.

## DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPTENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD a través de auto calendarado el 12 de enero de 2024, ordenándose oficiar a las accionadas para que rindieran un informe sobre los hechos de la acción de tutela. Posteriormente por auto de fecha 29 de enero de 2024 el A quo resolvió vincular al trámite al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

**INFORME SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE BARRANQUILLA ILDEGARDO PEÑA CABALLERO en calidad de apoderado especial, manifestó:**

1. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el Acuerdo No. 2136 del 29 de octubre de 2021, modificado por los acuerdos 188, 292 y 318 de 2022, desarrolló el proceso de selección de méritos 2181 de 2001, para proveer los empleos vacantes de directivos docentes, docentes de aula, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicados en la entidad territorial certificada en educación DISTRITO DE BARRANQUILLA, dicha convocatoria fue abierta para que todo el interesado que ostentara título de normalista, licenciado y profesional no licenciado aplicara a las vacantes ofertadas garantizando el principio de igualdad y oportunidad.
2. Que la señora María Claudia García Rojas, identificada con cedula de ciudadanía N°32.610.360, fue nombrada provisionalmente en una vacante definitiva, mientras se realizaba la provisión del cargo conforme a lo establecido en el artículo 2.4.6.3.9 del Decreto 1075 de 2015.
3. Que una vez agotadas todas las etapas del concurso y la respectiva lista de elegibles, se procedió a la celebración de audiencias públicas en los cargos por medio de las cuales se adoptaron las listas de elegibles respectivamente para proveer cargos vacantes de Docente de Aula de Educación Ética y Valores Humanos, de Educación Artística – Música, Educación Artística - Artes Escénicas, Docente Orientador, Docente de Aula de Idioma Extranjero Ingles, de Educación Religiosa, de Educación Artística - Artes Plásticas, de Ciencias Naturales Química, de Ciencias Naturales Física, de Educación Física, Recreación y Deporte, de Ciencias Sociales, Historia, Geografía, Constitución Política y Democracia, de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, de Primaria, de Matemáticas, de Preescolar, de Filosofía, de Humanidades y Lengua Castellana, Directivo Docente-Coordenador y Directivo Docente-Rector.
4. Que siguiendo las orientaciones brindadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante las circulares 024 y 039 de 2023, donde se impartió las directrices para que las entidades certificadas en educación, realizaran acciones afirmativas para la provisión de cargos producto del concurso docente; la Secretaria Distrital de Educación, mediante la Circular 00030 del 21 de septiembre del 2023, comunico los lineamientos generales a los educadores provisionales que se encuentren inmersos en situaciones de estabilidad laboral reforzada, informando al cuerpo docente sobre un link donde debían suministrar información sobre cada caso particular y así de esta forma el accionado procedió a consolidar un listado de los docentes con la finalidad de caracterizarlos de acuerdo a las pruebas aportadas y determinar que docentes se encuentran inmersos en alguna de las situaciones de especial protección constitucional; tal y como se muestra:

00030

En virtud de lo anterior, los docentes que se encuentren inmersos en una o varias de las situaciones de protección especial, señaladas en la Circular 24 de 2023, deberán diligenciar, en el siguiente link <https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSc7g0pbqveyTphY0Xtoc5SPvNR4I5wVCNPcox6Zw0uikUvD1w/viewform> la información relacionada con la situación de especial protección invocada, con sus respectivos soportes y evidencias.

De esta manera, la accionada puede demostrar que desplego todas **las acciones afirmativas** ordenadas por el Ministerio de Educación Nacional.

5. Que en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 1075 de 2015, se expidieron los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba Resoluciones N° 06759 de 2023 "por medio de la cual se realizan unos nombramientos en periodo de prueba de educadores en la planta de personal docente y directivo docente del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, viabilizada por el Ministerio de Educación y financiada con recursos del Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones".
6. Que en consecuencia, se hace necesario dar por terminado los nombramiento provisionales ocupados por educadores con nombramiento en vacante definitiva, teniendo en cuenta que las vacantes ocupadas fueron escogidas en audiencia pública por elegibles que superaron las etapas de un concurso abierto de méritos y que revisando la planta de cargos docentes y directivos docentes del distrito de Barranquilla no contamos con vacantes definitivas para reubicarlas, por lo que se procedió a expedir la Resolución No. 07193 de 2023.

**INFORME COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**  
**JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA**, en calidad de apoderado,  
manifestó:

Antes de iniciar con el desarrollo del presente informe de oposición de tutela, es importante señalar que las pretensiones del accionante son las siguientes:

1.  
*Tutelar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, Trabajo, salud, seguridad social y el mínimo vital, así como cualquier otro que el señor Juez encuentre conculcado en cabeza de la suscrita MARÍA CLAUDIA GARCÍA ROJAS.*
2.  
*Con la finalidad de proteger los derechos vulnerados solicito al señor Juez impartir las siguientes ordenes:*
  - 2.1.  
*ORDENAR al DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y a la SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN DE BARRANQUILLA según corresponda, al reintegro inmediato como docente de aula – Área Básica Primaria, en la Institución Educativa Distrital Técnico Cooperativo Jesús Misericordioso, o en un cargo similar, en el que me pueda desarrollar laboralmente y conforme a mis condiciones de salud.*

De lo anterior, se puede evidenciar que las pretensiones de la parte accionante se encuentran encaminadas a resolver de fondo su situación de estabilidad laboral reforzada, y la respectiva reubicación a un cargo de similares y/o mejores condiciones.

Ante las pretensiones anteriormente descritas es preciso decir desde ya, que, con fundamento en lo que se va exponer, las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración a los derechos fundamentales supuestamente violados del accionante, luego, las pretensiones no están llamadas a prosperar, de ahí que, se solicita negar la presente Acción de Tutela o que la misma se declare improcedente, o en su defecto se conceda la falta de legitimación de la CNSC, bajo los siguientes argumentos:

## **2. FUNDAMENTOS JURIDICOS**

### **2.1. FRENTE AL RETÉN SOCIAL**

Se precisa que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002<sup>1</sup> que contempló el denominado **retén social**, tuvo su origen en el proceso de renovación de la Administración Pública adelantado por el Gobierno de la época y, en consecuencia, solo resulta aplicable cuando la desvinculación del servidor ocurre en el marco de un proceso de reestructuración o supresión de una autoridad administrativa; es así como, la Corte Constitucional ha señalado que no debe confundirse el retén social derivado de los procesos de modernización del Estado, de la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional, como son los prepensionados, las madres y padres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad, lo cual no proviene de la Ley 790 de 2002, sino directamente de múltiples disposiciones constitucionales<sup>2</sup>. En consecuencia, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de prepensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando respecto a la garantía de la estabilidad laboral en favor de la población prepensionada.

De lo anterior se colige, que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del **prepensionado, madre o padre cabeza de familia y discapacitado**, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

Ahora, en el contexto de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados, el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el del caso que nos ocupa, de la siguiente manera:

Parágrafo 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Dicha norma estableció una escala de **sujetos de especial protección bajo el parámetro de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer**, escala que debe ser tenida en cuenta por la administración a la hora de realizar un nombramiento en período de prueba, siempre y cuando se configure la situación plasmada en la norma en cita.

En este orden de ideas, y bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en las situaciones consultadas **le asiste la obligación al nominador de efectuar los nombramientos en periodo de prueba** a quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas:

- a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados.
- b) De no ser posible lo anterior, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba.
- c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras<sup>3</sup>.

En consecuencia, como quiera que se trata de un asunto ajeno a la CNSC de manera atenta le solicito al Despacho, abstenerse de adoptar decisión en contra de esta entidad, toda vez que se configura la ausencia de legitimación en la causa por pasiva. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia en sentencia T-1015 de 2006, estableció lo siguiente:

*"La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental (2). En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada "en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso" (3), la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello".*

Conforme el aparte jurisprudencial en cita, es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que corresponde a la CNSC, y por consiguiente la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

## FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

### JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD, a través de providencia del 30 de enero de 2024, resolvió la solicitud de amparo, concediendo el amparo en atención a que la actora por su diagnóstico es sujeto especial de protección constitucional DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionada presentó impugnación bajo los siguientes argumentos:

**ILDEGARDO PEÑA CABALLERO**, mayor de edad, identificado con la cédula de número 8.685.828 de Barranquilla, y tarjeta profesional número 58085 del C.S. de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado especial de la Secretaría de Educación Distrital conforme a poder que adjunto expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Barranquilla, me dirijo a usted con el acostumbrado respeto, acudo ante Usted, con la finalidad de presentar IMPUGNACION, contra fallo de fecha 30 de ENERO de 2024, notificado mediante correo electrónico el día 1 de FEBRERO de 2024.

Así mismo solicitamos al despacho respetuosamente sea aplicado el precedente jurisprudencial emitido por la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia SU-387/22 M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA, donde se concluyó que el régimen de notificaciones personales previsto en artículo 8 del decreto 806 de 2020 subrogado por la Ley 2213 de 2022, es aplicable a las notificaciones personales que se lleven a cabo en relación con el fallo de tutela de primera instancia.

“(...)

*En el caso sub examine se configuró defecto procedimental. La Sala Plena verificó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto procedimental, por cinco razones. Primero, conforme a los artículos 1 y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, **el régimen de notificaciones personales es aplicable a las notificaciones de esta naturaleza que se lleven a cabo en los trámites de tutela.** Segundo, además de los objetivos globales y mediatos, la aplicación de este régimen de notificaciones al trámite de tutela persigue flexibilizar las exigencias procesales en el marco de la pandemia y racionalizar los trámites en el marco de los procedimientos, lo cual resulta de especial relevancia, en relación con el procedimiento de tutela. Tercero, habida cuenta del cumplimiento inmediato de este fallo, la aplicación de las reglas de notificaciones del artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020 a la notificación personal de la sentencia de tutela no compromete la protección efectiva de los derechos fundamentales. **Cuarto, la Sala Plena ha dispuesto que las mencionadas reglas aplican para la notificación personal de los fallos de tutela.** Quinto, la aplicación de dichas reglas al trámite de notificación del fallo de tutela es, por lo demás, consistente con la jurisprudencia constitucional, relativa a la aplicación de las normas procesales generales, al procedimiento de tutela. Por último, al aplicarse el artículo 8 del referido Decreto Legislativo en el caso sub examine, la Sala constata que la impugnación interpuesta por los accionantes, en contra de la sentencia de 22 de octubre de 2020, fue oportuna. **(subrayas y negrillas propias)***

Es de anotar que el presente recurso será sustentado ante el Juez de segunda instancia dentro de su oportunidad procesal.

## PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si: ¿Es procedente la acción de tutela para conceder las pretensiones de la parte actora, en virtud de la culminación del nombramiento en provisionalidad con el diagnóstico que le aqueja?

¿Se dan los presupuestos jurídicos- fácticos para revocar el fallo impugnado?

## FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por el artículo 13, 29, 48, 49 y 86 de la Constitución Política, sus decretos reglamentarios 2591 de 1991, sentencias T-1090/07, T-786-10 T-643/14 , T-138/14, T-723/14, T-643/14, T- 245-15, T- 144- 2016, SU- 047-2017 y sentencia T- 151-2017 entre muchas otras.

## CONSIDERACIONES

El Constituyente de 1991, se preocupó por constitucionalizar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección. La acción de tutela se estableció en la Constitución Política Colombiana, como un mecanismo residual, para aquellos casos de violación de Derechos Fundamentales en los cuales la persona afectada no tuviere ningún otro mecanismo para protegerlos.

A continuación, se exponen brevemente los derechos fundamentales cuya protección invoca el accionante.

**EL DERECHO AL TRABAJO:** La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que *“Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo*

*requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”.*<sup>1</sup>

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

**EL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL:** Señalado en el Art. 49 de la Constitución Política. La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la Dignidad humana, a partir de la sentencia T – 960 de 2008 la Corte Constitucional le dio ese carácter como derecho autónomo.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental se halla en consonancia con la evolución de su protección en el ámbito internacional.

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-320/16, señaló.

*“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 trabajado 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 mismos 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 le 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.*

---

1 Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 1992

*En concordancia con la anterior, el legislador a través del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, dispuso que:*

*“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”*

*De esa manera se creó una protección especial para las personas que por cuestiones de salud se ven incapacitadas para cumplir con su trabajo en las condiciones que podrían hacerlo de no padecer los quebrantos a su integridad. Con ello se garantiza la protección de actos discriminatorios en su contra.*

*La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531 de 2000 declaró la exequibilidad del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el entendido que, en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como de especial protección constitucional en favor de personas con habilidades diversas, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón a su discapacidad, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.*

*De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la “presunción de desvinculación laboral discriminatoria” cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado, en la medida que es una carga desproporcionada para quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.*

*De conformidad con lo anterior, y en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*

*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, esta 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.*

*De acuerdo con lo anterior, 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.

Así lo sostuvo la Sala Octava de Revisión de Tutelas, cuando en la Sentencia T-394 de 2014 precisó que las consecuencias de despedir a una persona en situación de discapacidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo son:

“(i) que el despido sea absolutamente ineficaz;  
(ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y,  
(iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido”.

Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que existe una presunción de violación a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, cuando el empleador termina el contrato de un trabajador que ha sufrido una afectación a su estado de salud, sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo.

Para esta Sala, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene lugar cuando, el trabajador es sometido a una variación intempestiva de su salud, o su situación económica y social. En atención a ello, si el empleador tiene la intención de despedir a una persona en estado de discapacidad, debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo.

Este procedimiento tiene fundamento en la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, presupuestos supralegales que establecen la obligación constitucional de adoptar medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta por parte del Estado.

La Corte Constitucional ha fijado las reglas jurisprudenciales aplicables a los casos en que se discute la estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas, bajo tratamiento médico, o en situación de debilidad manifiesta y fueron compendiadas en la sentencia T-899 de 2014. En la mencionada providencia se indicó que:

“una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud; (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.”

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el

*empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”*

## DE LOS CONCURSOS DE MÉRITO

En Sentencia de Unificación SU-133 del 02 de abril de 1998, la Honorable Corte Constitucional a propósito de los concursos de mérito hizo claridad bajo los argumentos que se esbozan a continuación:

*“La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de cartera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.).*

*Lo que procura el orden jurídico, mediante la exigencia de que se aplique el sistema de cartera y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), por otra la escogencia de los mejores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas.*

*En cuanto al acceso al servicio público, la Constitución Política dispone que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por ella misma o por la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.*

*La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.*

*Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (a/ts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático. (.....)*

*El inciso 3 del artículo 125 de la Constitución establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”*

De lo anteriormente expuesto, se colige que los concursos de mérito, constituyen el mecanismo planteado por el constituyente como el medio más eficaz e idóneo en aras de que el Estado, basándose en los criterios de imparcialidad y objetividad, evalúe el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de quienes aspiren a ocupar un cargo público, ello tiene la finalidad de elegir a personas idóneas y capacitadas para desempeñar las funciones asignadas al mismo, alejando dicho proceso

de motivaciones subjetivas, así como de preferencias o animadversiones e inclusive de toda influencia política, económica o social que pudiere interferir en la finalidad del proceso de selección por meritocracia.

Referente a la acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección ante las actuaciones surtidas durante el trámite de un concurso de méritos, tenemos que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta a través del Consejero Ponente doctor JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, en fallo de tutela del 26 de julio de 2018 dentro de la acción constitucional radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-02110-00, se refirió al respecto en los siguientes términos:

*"2.2.1. Según el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Y ese mecanismo de defensa judicial, según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser eficaz, pues de no serlo, la tutela procede como medio judicial de protección de los derechos fundamentales.*

*En los casos específicos de los concursos de méritos para la provisión de empleos, se ha indicado que las decisiones dictadas dentro de estas actuaciones generalmente constituyen actos de trámite, contra los cuales no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 -CPACA-.*

*Por lo tanto, en el evento de que se presente en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en anterior ocasión y lo ha reiterado esta Sección.*

*Sin embargo, también se ha expuesto, en reiteradas oportunidades por esta Sala, que cuando existe lista de elegibles para proveer un empleo, el interesado cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Esto es así porque dicha lista constituye un acto administrativo definitivo que, en principio, tiene vocación de permanencia y está amparado por la presunción de legalidad. Así, para ser excluido del universo jurídico o modificarlo, ya ley ha previsto mecanismos idóneos, dentro de los cuales se puede pedir, como medida cautelar, la suspensión provisional de actos ilegales y dañinos que el juez natural debe decretar de encontrarse fundada y probada.*

*Igual situación ocurre con los actos de exclusión de un elegible de la correspondiente lista, al constituir un acto administrativo definitivo que impide el correspondiente nombramiento en la entidad para la que se adelantó el concurso de méritos.*

*2.2.2 En el caso bajo examen, según fue expuesto en los antecedentes, la actora pretende: (i) dejar sin efectos la Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018, proferida por la Unidad de Carrera Judicial, y (ii) que la Universidad de Pamplona de respuesta clara y de fondo a la petición presentada por la actora el 30 de enero de 2018.*

*2.2.3 Respecto a ya primera pretensión, la Sala pone de presente que la Unidad de Carrera Judicial profirió ya Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018 para resolver el recurso de reposición formulado por la actora contra la Resolución PCSJSR18-1 del 12 de enero de! mismo año.*

*Ahora, mediante esta última resolución, la unidad conformó el registro de elegibles para diversos cargos de la Rama judicial, dentro de los cuales está el de magistrada de tribunal superior de distrito, sala civil-familia, por el que optó la actora al ingresar al concurso.*

*Lo expuesto significa que la solicitud de amparo está controvirtiendo la legalidad de los actos administrativos que establecieron la lista de elegibles para proveer, entre otros, el cargo de magistrada de tribunal superior de distrito, sala civil-familia, por el cual optó la actora.*

*Como fue expuesto anteriormente, el precedente de esta Sala señala que la actora cuenta con otro medio de defensa para controvertir la legalidad de estos actos administrativos definitivos, consistente en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual resulta idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.*

*En consecuencia, la acción de tutela de la referencia no resulta procedente frente a la pretensión de dejar sin efectos la Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018, en aplicación del precedente establecido por esta Sala."*

Ahora bien, del análisis de lo anteriormente expuesto anteriormente, en primera instancia esta agencia considera que no es este mecanismo constitucional el medio idóneo a fin de controvertir la legalidad de los actos administrativos que proveen las listas de elegibles para proveer cargos en virtud de un concurso de mérito, como quiera que en este caso la actora cuenta con otro mecanismo judicial como lo es el acción contencioso administrativa de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez, que el acto administrativo que provee una lista de elegibles resulta definitivo, en principio se puede afirmar que tiene vocación de permanencia y se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

Se sobreentiende entonces, que para que tal acto administrativo sea modificado o pierda fuerza jurídica, la ley ha establecido los mecanismos idóneos ante la justicia ordinaria, dentro de los cuales se puede solicitar como medida cautelar, la suspensión provisional de las actuaciones que se consideren ilegales o vulnerarias, la cual de encontrarse fundadas y probadas se procederá a ser decretada.

#### PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional se ha pronunciado en abundante jurisprudencia sobre la protección de las garantías constitucionales de quienes padecen VIH. Al respecto y teniendo en cuenta las características específicas de esta enfermedad y sus nefastas consecuencias, esta Corporación ha señalado "(i) que el portador de VIH requiere una atención reforzada por parte del Estado, (ii) que no solo tiene los mismos derechos de las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle una protección especial con el propósito de defender su dignidad y evitar que sean objeto de discriminación, y (iii) que su situación particular representa unas condiciones de debilidad manifiesta que lo hacen merecedor de una protección constitucional reforzada. Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el especial tratamiento que se debe tener con estas personas, en ámbitos como la salud, el trabajo y la seguridad social, entre otros".

#### DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-No es absoluta

Para garantizar dicha estabilidad, el empleador debe, para dar por terminado la relación laboral, (i) demostrar una causal objetiva y (ii) obtener del Ministerio de Trabajo la autorización de la desvinculación laboral del trabajador. En todo caso, debe resaltarse que esta protección no opera por el solo hecho de ser portador del virus, ni se hace absoluta o perpetua ni impone al empleador cargas exorbitantes. Para que exista vulneración de los derechos de los trabajadores en condición de debilidad manifiesta por ser portador de VIH es preciso que exista conexidad entre dicha condición y la desvinculación laboral.

#### CASO CONCRETO

El caso *sub-examine*, se contrae a verificar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados por la señora MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS, por parte de la SECRETARIA DE EDUCACION DE BARRANQUILLA - D.E.I.P DE BARRANQUILLA, con ocasión de su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de tener conocimiento del estado de salud que le aqueja desde que fue diagnosticada con VIH.

De los hechos relatados por la parte actora; se tiene que fue nombrada en provisionalidad por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BARRANQUILLA, mediante decreto 01048 del 20 de febrero de 2020 para desempeñarse como docente de aula – área básica primaria en Institución Educativa Distrital Técnico Cooperativo Jesús Misericordioso.

Que debido a molestias de salud, acudió al médico y luego varios exámenes fue diagnosticada con VIH, iniciando tratamiento, no obstante que ha presentado complicaciones como encefalitis y toxoplasmosis, situación que se confirmó al revisar las historias clínicas adjuntas al escrito de tutela. Dichas complicaciones le dejaron secuelas en el habla y algunos movimientos del cuerpo, sin embargo, se encontraba en terapias.

Que resolución 07193 de 2023 del 15 de diciembre de 2023, la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad para proveer las vacantes definitivas obtenidas a través de concurso, a partir del 31 de diciembre de 2023.

Lo anterior considera que pone en riesgo sus derechos fundamentales ya que se encuentra recibiendo tratamiento de alto costo, sumado a que son evidentes las afectaciones a su salud y además se encuentra en peligro su subsistencia.

La accionada SECRETARIA DE EDUCACION DE BARRANQUILLA en su informe asegura no estar vulnerando los derechos que invoca la actora por cuanto la desvinculación al cargo que venía desempeñando de manera provisional obedece a obligación que tiene de nombrar a las personas que conforman la lista de elegibles y que superaron todas las etapas del proceso de selección.

EL JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD en fallo de primera instancia resolvió conceder el amparo invocado en atención a que quedó acreditada la condición de vulnerabilidad en se encuentra la actora y además que la accionada no acreditó haber realizado los nombramientos en orden de prioridades donde se evidencie que adelantó las gestiones para no desvincular a la actora .

Referente a la estabilidad relativa de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, consideró:

*“...Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.*

*Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “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”*

*En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas 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 20112, 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 por tratarse de 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<sup>3</sup>, 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<sup>3</sup>. 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”*

La Sentencia T 096 de 2018, estableció la estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

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

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

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

---

2 1 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

3 Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

*Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.*

*De esta forma, “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.*

*Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, “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”.*

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

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

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

*“[...] 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”.*

*En otros pronunciamientos, tratándose de sujetos en situación de debilidad manifiesta derivada de una grave afectación de salud, además de las anteriores acciones afirmativas, la Corte ha previsto que, en los eventos en que la persona deba dejar su cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación en un empleo similar por inexistencia de vacantes, le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación.*

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

*En el caso de sujetos de especial protección constitucional, como lo son quienes se encuentran en condición de discapacidad o padecen grave enfermedad, cuando surja la obligación de nombrar en sus cargos a los elegibles de un concurso de méritos, la entidad nominadora deberá, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 2º y 13 de la Constitución Política y a los precedentes constitucionales, prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público y, en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. De no ser posible esta última solución, siempre que la situación de debilidad manifiesta se derive de una grave afectación de salud, habrá de mantenerse su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador.”*

A juicio de este funcionario, la motivación del retiro del servicio de la actora es razonable y consecuentemente, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la circunstancia constitucionalmente protegida, relacionada con su condición de paciente con VIH, que fue puesta de presente por la accionante a la accionada y acreditada con la documentación requerida por la misma dependencia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y se encuentra en alguna de las condiciones de protección constitucional, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles, sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada. Es decir, que no se configura una causa injusta de despido a la empleada, por lo tanto tampoco se considera que la empleada desvinculada, tenga derecho a ningún tipo de indemnización.

No obstante, para desvincular a la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional. Lo que implica un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público y, en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.

Bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en las situaciones consultadas le asiste la obligación al nominador de efectuar los nombramientos en periodo de prueba a quienes

ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas:

- a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados.
- b) De no ser posible lo anterior, como en este caso lo alega el Municipio accionado, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba (si es posible, por existir otra vacante).
- c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras<sup>4</sup>

Del análisis de las pruebas allegadas al plenario, se tiene que la actora es una mujer de 44 años con diagnóstico de VIH confirmado, que si bien no le están vulnerando los derechos fundamentales con su desvinculación, ya que la misma obedece a la obligación que tiene la accionada de nombrar las personas que conforman la lista de elegibles para ocupar los cargos.

Ahora bien, en concordancia con lo expuesto por el A quo considera este Despacho que a la actora le asiste el derecho a la salud y a la vida ya que por su diagnóstico requiere una atención oportuna y un suministro de medicamentos puntual. Por lo que se considera necesario confirmar el fallo proferido en primera instancia, no obstante, se modificará el numeral tercero de dicho fallo.

En el caso de que el mencionado cargo no se encuentre vacante, y por tal razón no sea posible el nombramiento de la accionante en el mismo, le corresponde a la SECRETARIA DE EDUCACION DE BARRANQUILLA emprender las actuaciones necesarias en aras de garantizar la vinculación a la seguridad social en salud y pensión, de tal manera que ella y su grupo familiar quede cobijado con la misma, ello hasta tanto finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador. Lo anterior debido a que no comprende el despacho el término establecido por el A quo de 4 meses cuando se trata de una paciente con VIH, y ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia T-513 de 2015 que quienes padecen VIH son sujetos de especial protección, toda vez que se trata de una enfermedad que, por una parte, pone a quienes la padecen en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento y, por otra parte, implica un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad en sus labores estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar no sea provisto en propiedad mediante sistema de carrera y a que su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud y pensión, hasta tanto finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

---

<sup>4</sup> A manera de ejemplo, se enuncia la medida ordenada en la ya citada sentencia T-373 de 2017, en la que la Corte dispuso que "Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador."

## RESUELVE

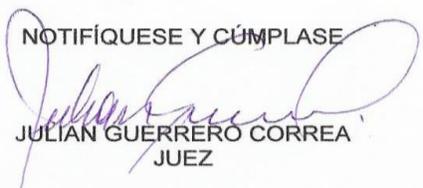
PRIMERO. - CONFIRMAR, el fallo proferido el 30 de marzo de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela adelantada por MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS en contra de la SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACION DE BARRANQUILLA, de conformidad a lo aquí expuesto.

SEGUNDO. - Sin perjuicio de lo anterior, se MODIFICARA el numeral 3 de dicho fallo el cual quedará así:

*“3. En el caso de que no haya una plaza vacante, ORDENAR a la Secretaria De Educación Distrital De Barranquilla que, dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie las actuaciones necesarias para que la señora MARIA CLAUDIA GARCIA ROJAS sea vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH) que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador.”*

TERCERO. - En su oportunidad, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIAN GUERRERO CORREA  
JUEZ

NOTA: SE FIRMA EN FORMATO PDF EN RAZÓN A LOS INCONVENIENTES QUE PRESENTA LA PAGINA DE FIRMA DIGITAL

