



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – DOCE (12) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD: 2024-00115 (T02-2024-00062-01 S.I.)
ACCIONANTE: ERIKA PATRICIA CASTRO MERCADO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACION – ALCALDIA MUNICIPAL DE SOLEDAD

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada en contra del fallo de primera instancia proferido el 28 de febrero de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora ERIKA PATRICIA CASTRO MERCADO, en contra de la SECRETARIA DE EDUCACION – ALCALDIA DE SOLEDAD, 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:

- 1.- La suscrita accionante Erika Castro Mercado, tiene 39 años de edad, es madre de Daniela de 7 años y de Laura con 13 años de edad, estoy casada con el señor WILSON VANEGAS, actualmente desempleado desde hace mas de un año por situación de vulnerabilidad.

- 2.- Soy Licenciada en Ciencias Sociales de profesión, y estuve vinculada con un nombramiento provisional por vacancia definitiva en la Secretaría de Educación, Alcaldía de Soledad, desde el 5 de agosto de 2014, hasta el 01 de febrero de 2024, fecha en que me notifican mi desvinculación laboral, a través de la RESOLUCIÓN No. 1279 de diciembre 29 de 2023. Y, fungí como docente en varias instituciones educativas públicas, siendo la última; La Institución Educativa Técnico Industrial Villa María, ubicado en este Municipio de Soledad.

- 3.- Mi esposo, ha sido operado 5 veces de múltiples fistulas perianales, siendo la ultima vez el pasado 15 de enero de 2023, pero aún padece de dicha enfermedad ya que, su última resonancia magnética posterior a su operación, se evidencian dos fistulas más próximas a corregirse.

- 4.- Yo, en particular, padezco de hidronefrosis en el riñón izquierdo, de constantes infecciones urinarias, y de dolores lumbares, desde hace 5 años, y me operaron en el 2019 para sacarme unos cálculos en el riñón izquierdo, cálculos que aun padezco, ya que, en las últimas ecografías recientes del pasado 15 de diciembre de 2023, puedo demostrar que tengo un cálculo considerablemente grande en el riñón izquierdo de 11 CM., y actualmente me encuentro en tratamiento médico, con las siguientes ordenes de cirugías vigentes:
 - CATETERISMO URETERAL DE AUTORETENCION ENDOSCOPICA.
 - URETRORENOLITOMIA FLEXIBLE CON LASER HOLMIUN MAS COLOCACIÓN DE CATÉTER DOBLE J
 - ORDENES DE EXAMEN PREOPERATORIOS
 - EKG Y RX DE TORAX
 - VALORACIÓN PREANASTESICA

5.- Mis dolores renales son constantes, me causan nauseas, dolor lumbar, sangrado genital, fiebre e infecciones constantes y debilidad.

6.- Yo, mis hijas y mi esposo, dependemos económicamente de mi trabajo como docente en la Secretaría de Educación Alcaldía de Soledad, y al desvincularme ellos laboralmente el pasado 1 de febrero, atentaron contra mi salud, el retén social, la estabilidad emocional y económica de mi familia, ya que mi sueldo era nuestro único ingreso económico. Y, mi condición de salud, la de mi esposo y de que soy madre cabeza de hogar, siempre fue conocida por mi jefe superior, la Rectora de la Institución Villa María, la licenciada María Hernández.

7.- Me encuentro desesperada, ya que me conmueve encontrarme en esta situación tan difícil, por tener a mi cargo a mis hijas pequeñas, con un reciente crédito hipotecario en el Banco Bogotá, y mi esposo aún enfermo y desempleado.

PRETENSIONES

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida, al mínimo vital, al trabajo, al retén social, entre otros que considere pertinente este honorable Despacho.

SEGUNDO: Ordenar a la Secretaría de Educación Alcaldía Municipal de Soledad, que me reintegren a la nueva planta de personal, a un cargo igual, superior, o equivalente al que ocupaba como docente, en alguna Institución Educativa Pública de esta municipalidad.

TERCERO: Ordenar a la Secretaría de Educación Alcaldía Municipal de Soledad, el pago de los salarios dejados de percibir desde mi desvinculación", (1ro de febrero de 2024).

CUARTO: Ordenar a la Secretaría de Educación Alcaldía Municipal de Soledad, a que no deje de pagar la cuota de mi aporte en salud, hasta tanto no se resuelva de fondo el fallo de esta acción de Tutela.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD a través de auto calendario el 16 de febrero de 2024, ordenándose oficiar a las accionadas para que rindieran un informe sobre los hechos de la acción de tutela. Además, vincula al trámite a COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

**INFORME SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPIO DE SOLEDAD
AIDA OJEDA VEGA en calidad de secretario de educación, manifestó:**

El día 19 de febrero del 2024, fue recibido en el correo electrónico de la secretaria de educación del Municipio de Soledad, oficio proveniente del JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTILES DE SOLEDAD, mediante el cual se nos dio traslado de la acción de tutela de la referencia.

Conforme a lo indicado en la providencia antes referenciada su despacho nos concedió dos (2) días hábiles para contestar la presente acción de tutela, por lo que al haber sido notificados de la misma el 19 de febrero del cursante, nos encontramos dentro de la oportunidad otorgada por esta corporación judicial.

A partir de la apertura de las convocatorias 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, mediante las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de docentes y directivos docentes en zonas rurales y zonas no rurales, el Ministerio de Educación Nacional ha dispuesto de diferentes espacios de diálogo con los distintos actores, dentro de los cuales se resaltan las organizaciones de docentes provisionales quienes han manifestado su preocupación ante la posible desvinculación del servicio por el nombramiento en periodo de prueba de quienes ocupen una posición meritoria en las listas de elegibles que se generen como resultado del proceso del concurso.

Adicionalmente, en el Acuerdo Colectivo suscrito el 05 de julio de 2023 entre el Gobierno Nacional y la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación – FECODE, el punto 14 Capítulo II - Dignificación de la Carrera Docente, se refiere a este mismo requerimiento, en el cual se estableció que:

"1. El MEN emitirá una orientación a las ETC sobre el retén social para que, en el marco de la normatividad vigente, se establezca un orden de prioridades de los educadores provisionales, en lo relacionado con la etapa pre pensión, fuero de maternidad, cabeza de hogar, enfermedades catastróficas y de alto riesgo y quienes estén en el ejercicio de la actividad sindical.

2. Se dará cumplimiento al parágrafo 2º del Artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015 sobre la continuidad en el cargo de los docentes provisionales. En caso de terminación del nombramiento en provisionalidad en vacancia definitiva, el docente en un plazo no menor a 15 días será trasladado dentro de la misma entidad territorial certificada si la ETC cuenta con la vacante. (...)"

Por lo anterior, en el marco de las disposiciones legales vigentes, la Circular Ministerial 024 de 2023 contiene orientaciones dirigidas a los Gobernadores, Alcaldes, Secretarios de Educación, Jefes de Personal Docente de las secretarías de educación o quien haga sus veces de las entidades territoriales certificadas, sobre los elementos a tener en cuenta para priorizar la vinculación de los docentes provisionales sin solución de continuidad, ante la terminación del nombramiento cuando concurren circunstancias de especial protección.

La secretaría de educación del Municipio de Soledad emitió la Circular 017 de fecha 04 de agosto de 2023, la cual tuvo como propósito dar orientaciones generales sobre los elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales cuando sea aplicable de acuerdo a los criterios normativos vigentes, publicada en la página web de la secretaría de educación y comunicada a las instituciones educativas oficiales del ente territorial.

Mediante Resolución No. 1157 de diciembre 29 de 2023 procede a nombrar a unos directivos docentes y docentes en periodo de prueba, como resultado del proceso de selección nº 2230 de 2021 municipio de soledad – concurso de méritos de la comisión nacional del servicio civil – cnsc.

Mediante Resolución 1279 del 29 de diciembre de 2023 expedida por esta Secretaría "POR MEDIO DE LA CUAL SE DAN POR TERMINADOS UNOS ENCARGOS Y UNOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES A DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES ADSCRITOS A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD" se resolvió dar por terminados unos encargos y unos nombramientos provisionales como consecuencia de los nombramientos en periodo de prueba realizados a directivos docentes y docentes que superaron concurso de méritos Proceso de Selección Nº 2230 de 2021 municipio de Soledad – concurso de méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.

Una vez vistos los hechos, pretensiones, pruebas que alega la parte accionante, desde ya es de advertir que en el presente asunto es inexistente la conculcación a los derechos fundamentales invocados por el libelista en contra de la Secretaría de Educación de Soledad.

El actor alega la violación a sus derechos fundamentales con ocasión a su desvinculación de la planta de cargos de la secretaría de educación del Municipio de Soledad, como consecuencia de las convocatorias 2150 a 2237 de 2021 y 2316 de 2022, mediante las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de docentes y directivos docentes en zonas rurales y zonas no rurales, en el Municipio de Soledad, considerando que actúa como Madre cabeza de Familia y persona enferma con hidronefrosis, con responsabilidad exclusiva y de manera permanente de sostener a mi familia.

Así las cosas, y atendiendo el presunto incumplimiento alegado por el accionante por parte de la Secretaría de Educación, se debe señalar señor Juez que lo aducido por el actor no es cierto teniendo en cuenta lo siguiente:

La accionante, fue vinculada en provisionalidad como docente en el área de básica primaria en la Secretaría de Educación Municipal de Soledad, el 05 de agosto de 2015, para laborar en la Villa María del Municipio de Soledad, cuya plaza fue ofertada siguiendo los lineamientos de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el concurso abierto de méritos ya mencionado con anterioridad.

En aras de dar fundamento de fondo a la reubicación y/o traslado de la accionante. En ese sentido, nos permitimos indicar que la Secretaría de Educación expidió la circular No. 017 del 04 de agosto de 2023 cuyo propósito fue brindar orientaciones generales sobre elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales cuando sea aplicable de acuerdo a los criterios normativos vigentes.

En primer lugar, una vez revisados los canales habilitados para la recepción de documentos de conformidad con la circular 017, no se observa documentación allegada dentro de los términos previstos en dicha circular; por lo que no se pudo tener en cuenta en la valoración de documentación para una posible acreditación de las condiciones de protección laboral reforzada, que por el contrario si realizaron otros docentes que aportaron sus documentos dentro de la oportunidad otorgada, lo que generaría un desconocimiento del derecho a la igualdad de sus compañeros al considerar una valoración en estos momentos.

Por otra parte, se observa en los documentos anexos con el escrito de tutela y por las razones que alega la accionante de ser madre cabeza de familia y ser persona con enfermedad, hay que tener en cuenta que el certificado de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio registra en la información de beneficiarios a su cónyuge, razón por la cual no acredita la condición de madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. (Sentencia SU-388 de 2005). Así mismo se observa que aporta historia clínica, la cual de acuerdo con la circular 24 del Ministerio de Educación nacional y 17 de esta secretaría, de esta manera, desde la oficina de Talento Humano, asiste la responsabilidad de velar por el cumplimiento normativo debió ser valorada con el prestador del servicio de salud para así tener veracidad del seguimiento por parte de la misma entidad, además dicha historia clínica debía ser verificada en el sistema de información de planta y personal para verificar si el docente venía con incapacidades recurrentes y continuas que lo corroboren y que provengan de una enfermedad profesional, verificación que no se pudo realizar al no aportar la accionante los documentos pertinentes en los términos señalados en los respectivos actos administrativos que se expidieron sobre el asunto.

Aunado a lo anterior, tampoco podría hacerse efectivo el nombramiento provisional de la peticionaria teniendo en cuenta que la lista de elegibles supera el número de cargos ofertados en el área de básica primaria, por lo que si existiera vacantes definitivas o temporales, dentro del orden establecido serían los elegibles que quedaron en lista de espera en virtud de lo establecido en el artículo 1 del Decreto 490 de 2016 adicionó el artículo 2.4.6.3.10. del Decreto 1075 de 2015, reglamentando la figura del nombramiento provisional.

INFORME COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, en calidad de Jefe de la Oficina
Asesora Jurídica, manifestó:

La Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano oficial de rango constitucional garante de la protección del sistema de mérito en el empleo público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 130 de la Constitución Política, es la entidad del Estado responsable de la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, con excepción de los de origen constitucional.

La Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004 mediante Sentencia C-1230 de 2005, y con ello, precisó que la administración y vigilancia de los sistemas específicos y especiales de carrera administrativa de origen legal, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC.

Así mismo, mediante la Sentencia C-175 de 2006, la Corte Constitucional declaró exequible la frase “*el que regula el personal docente*”, contenida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, artículo éste que establece que las disposiciones contenidas en dicha ley se aplicarán con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales.

En virtud de las sentencias antes citadas, la Corte Constitucional señaló expresamente como competencia constitucional de la CNSC la de administrar y vigilar la carrera docente, por tratarse un sistema especial de carrera de origen legal.

Orientaciones generales sobre la desvinculación de los docentes provisionales

El Ministerio de Educación Nacional, en la Circular No. 24 del 21 de julio de 2023, estableció las orientaciones generales sobre elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales cuando sea aplicable, la cual contendrá los antecedentes, marco normativo y orientaciones que se les dará a los entes territoriales certificados en educación. En ella se establece que:

*“En concordancia de lo anterior, es correcto indicar que el artículo 2.4.6.3.10 del Decreto 1075 de 2015, reitera lo ya señalado en el Decreto Ley 1278 de 2002 e indica que el **nombramiento provisional aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva**, atendiendo los requisitos del cargo definidos en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, a través de acto administrativo expedido por el ente nominador. (Negrita y subrayado por fuera del texto)*

*Así mismo, establece que, en los casos de las vacantes temporales, **tendrán prioridad de nombramiento provisional, los miembros de la lista de elegibles vigente según su orden**, cuya aceptación no los excluye de la misma; ahora si los elegibles no aceptan, la entidad territorial certificada puede nombrar una persona que cumpla los requisitos del cargo definidos en el Manual mencionado”. (Negrita y subrayado por fuera del texto)*

De lo anteriormente expuesto, se deduce que, los cargos en nombramiento provisional son transitorios y la prioridad del nombramiento se encuentra en la lista de elegibles vigente, las cuales son ofertadas en el presente proceso de selección.

Adicionalmente, la Circular No. 24 referenciada en líneas anteriores, es clara en afirmar que: “ (...) **las entidades territoriales certificadas en educación, deben adelantar acciones afirmativas antes de dar por terminados los nombramientos provisionales, con ocasión del nombramiento en periodo de prueba de quienes superan el proceso de selección y se ubican en posición meritoria, en especial para los casos de especial protección, en que se debe garantizar a los docentes provisionales, en la medida de lo posible, su vinculación sin solución de continuidad, se hace necesario establecer de manera previa, un orden de protección conforme a las líneas jurisprudenciales emitidas por las altas cortes frente al particular.**”

Por tanto, son las entidades territoriales certificadas en educación quienes tienen la competencia para adelantar las acciones afirmativas para los docentes vinculados en calidad de provisional, **en la medida de lo posible**, tras el nombramiento en periodo de prueba de los docentes que se encuentren en lista de elegibles.

Es así como, la circular es clara en afirmar que “**una vez agotado todo lo anterior, y se identifique que no fue posible mantener la vinculación del docente provisional, mediante acto administrativo motivado se procederá a la terminación del nombramiento provisional. La efectividad de la terminación del nombramiento provisional será la fecha en que el docente con derechos de carrera o el elegible nombrado en periodo de prueba asuma efectivamente las funciones del cargo**”.

Adicionalmente, la Circular 040 del 29 de noviembre de 2023, emitida por el Ministerio de Educación Nacional, establece que:

*“(…) las Entidades Territoriales Certificadas en Educación den aplicación, y puedan efectuar la provisión de las vacantes temporales con docentes desvinculados producto del concurso que se encuentren con estabilidad laboral reforzada en alguno de los órdenes de protección previamente señalados antes de su desvinculación o cuenten con un significativo número de años de experiencia, **previamente deberá validar que no exista lista de elegibles vigente**, para el cargo nivel o área en la misma zona (Rural o No Rural)”.*

Así que, de lo anteriormente señalado se concluye que, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien por mérito obtuvo su derecho; y de la misma manera, tomar acciones afirmativas a favor de los sujetos de especial protección constitucional, en caso de que existan vacantes para ello. Sin embargo, es preciso indicar que, para el presente proceso de selección, la lista de elegibles que compone la oferta pública de empleo de carrera -OPEC- es mayor al número de vacantes.

En ese sentido, es dable señalar que el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes contó con la participación de **401.245** inscritos, de los cuales **70.330** aspirantes harán parte de las **2.428** listas de elegibles, para la provisión de **37.480** vacantes para todo el territorio nacional; y en este sentido, merecen sea respetada su posición en dicha lista y ocupar una vacante.

Vale la pena traer a colación el fallo del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en el cual se niegan las pretensiones del accionante, quien solicita ser reintegrado a un cargo que ocupaba en provisionalidad del presente concurso de selección:

"Dicho esto, **observa el Despacho que en el presente asunto no puede darse aplicación a las prerrogativas establecidas en el parágrafo 2 del artículo 2.4.6.3.12 del decreto 1075 de 2015, por cuanto conforme fue señalado por la Secretaría de Educación del Meta, en las resoluciones 14254 del 3 de octubre 2023, con firmeza el día 14 de octubre 2023 y 14254 del 3 de octubre 2023, expedidas por la CNSC, se conformaron las listas de elegibles para proveer 116 vacantes definitivas del empleo denominado docente DE ÁREA DE PRIMARIA, en las zonas No Rurales, y de acuerdo a la lista de Elegibles hay 215 docentes para proveer las 116 vacantes definitivas de la OPEC No. 182446, y para las vacantes de las zonas rurales según la lista hay 288 docentes para proveer 176 vacantes definitivas de la OPEC No. 182448, en los establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE META, con lo que en definitiva en el proceso de selección 2174 de 2021, tanto para las zonas Rurales y no Rurales, **para docentes de aula del área de matemáticas, la lista de elegibles supera el número de cargos a proveer, y en tal virtud no posible reubicarla ni reintegrarla como lo solicita.**"**

De lo anteriormente reseñado, se deduce que, si bien existen las prerrogativas legales para el retén social, no es posible un reintegro si la lista de elegibles es superior a los cargos por proveer.

Adicionalmente, es importante destacar el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante radicado 2016-001232, del 22 de noviembre del 2023, el cual menciona que:

"(...) no puede olvidarse que, tratándose de concursos de méritos, para el ingreso a una determinada entidad, se encuentran debidamente reglamentados en la normatividad vigente. Por tanto, **la convocatoria suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes; esta, a su vez, se realiza determinando los cargos que van a ser llamados a proveer, por lo que deben respetarse plenamente todas las etapas que el mismo consagra, conforme a las pautas disueltas y dadas a conocer previamente a todos los participantes quienes aceptan tales disposiciones.**

Vale resaltar que la accionante era conocedora de las reglas y requisitos exigidos para hacer parte del concurso, estando desde el inicio en igualdad de condiciones con los otros participantes, pudiendo presentar las pruebas escritas - como lo hizo - para con ello poder acceder al cargo que según ella requiere para mantener su calidad de vida y la de su núcleo familiar; oportunidad que no pudo ser favorable a sus intereses ante la no aprobación de las pruebas, quedando por tanto excluida del concurso.

En ese orden de ideas, **la petición incoada por la accionante, encaminada a dejar sin efecto la Circular No. 024 de 2023, emitida por el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, no puede ser acogida, primero pues, atendiendo a lo indicado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN la citada circular se emitió con fines instructivos y orientadores hacia las Secretarías de Educación, con el fin de que se respete el debido proceso al momento de realizar los nombramientos en carrera de dentro del concurso de docente que se está adelantando a nivel nacional;** luego no contiene orden o decisión administrativa alguna que, concretamente, afecte los intereses de la accionante.

(...)

Finalmente, **dentro de las pruebas aportadas no se encontró alguna que deje ver su condición respecto a la estabilidad laboral reforzada que pregona. Simplemente se limitó a hacer manifestaciones sobre sus condiciones sociales, económicas y familiares que distan de la misma, más aún, cuando la accionante era conocedora de la realización del concurso, del que participó en igualdad de condiciones junto con los demás participantes.**

Finalmente, se debe indicar que la señora Erika Patricia Castro Mercado se presentó en igual de condiciones, que el resto de los aspirantes, al Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE SOLEDAD, a través de providencia del 28 de febrero de 2024, resolvió no tutelar el amparo solicitado por cuanto la actora no cumplió con el requisito de informar su condición de salud en el momento que fue requerido por la accionada.

DE LA IMPUGNACIÓN

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

1. PRIMERO: Debo pedir que el Juez superior de alzada, revise el fallo de primera instancia, a razón de que no se tuvieron en cuenta mis pedimentos de protección de amparo al no tutelar mis derechos fundamentales vulnerados Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida, al mínimo vital, al trabajo, al retén social, en el Juzgado de primera instancia, toda vez que, al darle el a quo, más valor probatorio el no llenar un formato de la secretaria de educación, y no tener en cuenta las evidencias claras de mi enfermedad que está sujeta a una próxima cirugía, en donde con argumentos demuestro con mi historia clínica lo que padezco, además, demostré ser madre cabeza de hogar, ya que mi esposo también está enfermo y también está en proceso para otra cirugía perianal, y mis dos hijas menores de edad están estudiando y todos ellos dependen de mi sueldo como docente, por eso declaré como madre cabeza de hogar.
 - 1.1. La Juez de primera instancia, omitió darle valor a unas pruebas tangibles que aporte en mi tutela, desprotegiendo mis derechos, **incurriendo en un error por defecto fáctico**, derecho amparo por muchas providencias judiciales y jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Ya que el Fallo del A QUO no tuvo el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión, porque dejó de valorar unas pruebas dentro de los cauces racionales y con poca justificación.

1.2. Entre otras cosas, el A QUO, desconoció los argumentos jurídicos y jurisprudenciales de la Accionante, dejando por fuera las sendas sentencias de las altas cortes, haciendo mérito a la CARACTERIZACIÓN DEL DEFECTO POR

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”*.¹

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.

1 Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 1992

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.

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 encuentran 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 carterá 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 carterá 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 pudiese 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.

222. 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.

223. 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 ERIKA PATRICIA CASTRO MERCADO, por parte de la SECRETARIA DE EDUCACION - ALCALDIA MUNICIPAL DE SOLEDAD, 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 hidronefrosis en el riñón izquierdo.

De los hechos relatados por la parte actora; se tiene que fue nombrada en provisionalidad por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN – ALCALDIA DE SOLEDAD, para desempeñarse como docente de aula, en diferentes instituciones educativas. Que mediante RESOLUCIÓN No. 1279 de diciembre 29 de 2023 le notifican la desvinculación del cargo que ostentaba.

Que es madre cabeza de hogar ya que su esposo también presenta complicaciones de salud y que su familia se mantiene con su salario, además que tiene dos hijas menores de edad.

Que con su desvinculación considera que pone en riesgo sus derechos fundamentales y los de su familia.

La accionada SECRETARIA DE EDUCACION – ALCALDIA DE SOLEDAD 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 negar el amparo invocado ya que la

actora no puso de presente a la accionada dentro del término establecido la condición de salud presentada.

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 Corporación³, 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 desvinculación³. 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

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).

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.

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, “concurre 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 salud, que fue puesta de presente por la accionante.

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.

Además, en el presente caso se tiene que la accionada profirió la circular No. 017 del 04 de agosto de 2023, mediante la cual brindaba las orientaciones generales sobre elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales cuando sea aplicable de acuerdo a los criterios normativos vigentes, no obstante, que una vez revisados los canales habilitados para la recepción de documentos de conformidad con la circular 017, no se observa documentación allegada dentro de los términos previstos en dicha circular; por lo que no se pudo tener en cuenta en la valoración de documentación para una posible acreditación de las condiciones de protección laboral reforzada, que por el contrario si realizaron otros docentes que aportaron sus documentos dentro de la oportunidad otorgada.

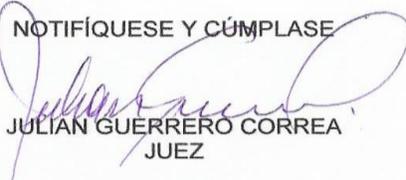
Así las cosas, considera el Despacho acertados los argumentos expuestos por el A quo, por lo que se confirmara el fallo de primera instancia adiado 28 de febrero de 2024.

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,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR, el fallo proferido el 28 de febrero de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLES DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela adelantada por ERIKA PATRICIA CASTRO MERCADO en contra de la SECRETARIA DE EDUCACION – ALCALDIA DE SOLEDAD, de conformidad a lo aquí expuesto.

SEGUNDO. - 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