COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/373/17

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/373/17
Expediente	—
Fecha	2016-06-16
Sala	Sala Séptima de Revisión
Magistrado ponente	ALBERTO ROJAS RÍOS
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Desvinculacion En Cargo De Carrera En Provisionalidad
- Empleado Nombrado En Provisionalidad En Cargo De Carrera Administrativa
- Estabilidad Laboral Reforzada Respecto De Personas Con Cancer

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia

Texto completo

T-373-17 Sentencia T-373/17 DESVINCULACION EN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD - Procedencia de tutela cuando afecta derechos fundamentales La Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA- Goza de estabilidad intermedia 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 .

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS- Reiteración de jurisprudencia Cuando con fundamento en el principio del mérito surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución, y en la materialización del principio de solidaridad social, se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de

ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER -Protección constitucional especial ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA RESPECTO DE PERSONAS CON CANCER- Orden a municipio vincular a la accionante en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba como docente Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante.

Referencia: Expediente T-6.029.419. Acción de tutela instaurada por Aura Milena Rodríguez Montaño contra el municipio de Tumaco - Secretaría de Educación.

Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera , en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA En la revisión del fallo dictado el 16 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tumaco, que negó la protección de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños, dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES 1. Hechos 1.1. La señora Aura Milena Rodríguez Montaño, quien es administradora de empresas, fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto 0617 del 19 de noviembre de 2013 en el cargo de “Docente de Aula” , Código 9001, Grado 2A, en la Institución Educativa Buchell – Primaria del municipio de Tumaco - Nariño.

1.2. El 10 de abril de 2014 le fue diagnosticado cáncer de mama. 1.3. Mediante Resolución No. 1400 del 12 de mayo de 2016 el municipio de Tumaco - Secretaría de Educación Municipal, dio por terminada la vinculación provisional de la señora Rodríguez Montaño.

1.4. Aduce la accionante que debido a la enfermedad que padece sufre afectaciones tanto físicas como emocionales; y, que por ser el cáncer de alto costo no posee los recursos económicos para sufragar de manera particular la atención médica que requiere para recuperarse de su enfermedad.

[1] 1.5. La tutelante manifiesta que debido a su grave estado de salud no tiene ninguna opción de trabajo en otro escenario, que es madre cabeza de familia de 3 hijos, 2 menores de edad y una estudiante de 22 años y que todos dependen económicamente de ella.

1.6. Concluye que la desvinculación al cargo que venía desempeñando como docente impide que continúe recibiendo la atención médica indispensable para gozar de salud plena y de una vida digna.

2. Respuesta del municipio de Tumaco Mediante escrito presentado el 8 de junio de 2016, el municipio de Tumaco solicita que se niegue por improcedente la acción de tutela. En su fundamento presenta las siguientes razones:

2.1. Primera, porque la accionante desempeñaba el cargo de docente en provisionalidad, esto es, en forma temporal, en reemplazo de la docente Hilsa Natividad Armero Molano, la cual fue comisionada como Directora del Centro Educativo de Bellavista en zona rural de Tumaco.

2.2. Segunda, toda vez que se culminaron las etapas del concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer los cargos que se encontraban en provisionalidad, que se surtieron en los términos del Acuerdo No. 0291 del 2 de octubre de 2012 y la Convocatoria 247 de 2012 "Por el cual se convoca concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores, directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales de la entidad territorial certificada en educación municipio San Andrés de Tumaco." Asimismo, indica que se ofertaron 455 plazas provisionales en la zona rural y 153 en la zona urbana; que estas plazas se encuentran al día de hoy para ser ocupadas en periodo de prueba por quienes culminaron todas las etapas del concurso, los cuales están en lista de elegibles, la que a su vez tiene aspirantes en lista de espera para cuando exista oportunidad de nuevas vacantes.

2.3. Tercera, por cuanto de conformidad con la normativa, el cargo docente que ostentaba la accionante fue ocupado por quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles del concurso de mérito de docentes y directivos docentes afrocolombianos del municipio de Tumaco.

2.4. Y cuarta, dado que a la peticionaria no se le desvinculó por el capricho de la Administración, sino en cumplimiento de mandatos constitucionales y legales, relativos a que los cargos en provisionalidad deben ser ofertados en concursos y a que sean nombrados y posesionados quienes se encuentren en la lista de elegibles.

2.5. Posteriormente, mediante escrito del 1º de junio de 2016, esta entidad manifestó que se ofertaron 8 vacantes para la institución donde laboraba la accionante, en el área de básica primaria, y en la audiencia virtual fueron asignadas al personal que estaba dentro de las listas de elegibles, por lo tanto, la Secretaría de Educación, para culminar el proceso de nombramiento, retiró a todo el personal que se desempeñaba de manera provisional y temporal en esa sede, porque no se encontraban incluidos dentro del proceso de nombramientos de la Convocatoria Docente 247 de 2012.

Argumentó que la Secretaría de Educación nombró al personal de la lista de elegibles según la asignación por institución educativa de la zona rural, Grupo B, por puntaje y escogencia del elegible de manera global sin determinar a qué persona reemplazaría de las que se retiró para el área específica de básica primaria.

Puntualizó que dentro de la Convocatoria 247 de 2012 no se contempló el título de administradora de empresas para aplicación de la docencia en las modalidades de básica primaria, básica secundaria o media vocacional, solamente para directivo docente.

3. Decisión judicial Sentencia de primera instancia – Juzgado Segundo Municipal de Tumaco El juez de primera instancia, en fallo del 16 de junio de 2016, señaló que la estabilidad laboral reforzada es una prerrogativa que no obliga a las entidades empleadoras. Asimismo, argumentó que esta se deriva de la vinculación laboral por concurso y no es un derecho fundamental sino un fuero, el cual no se aplica al presente caso, pues en la Secretaría de Educación de Tumaco no hay un plan de renovación pública ni está sujeta a una liquidación forzosa, de ahí que la accionante no pueda ser beneficiaria del retén social. En ese sentido, indicó que al ponderar los dos derechos en colisión, se puede advertir que "la estabilidad está supeditada al mérito, razón por la cual se faculta a la CNSC para surtir los concursos para designar cargos".

Además, señaló que los derechos fundamentales de la accionante no se vieron vulnerados por una actuación injustificada o arbitraria, pues su desvinculación obedeció a un lineamiento normativo y constitucional derivado de la expedición de la lista de elegibles para proveer los cargos que estuvieron ocupados en provisionalidad, como aquel en el que ella se encontraba .

Adujo que cuando se suplen las vacantes con quien superó el concurso de méritos, la provisionalidad queda en entredicho y “entra a desglosar el derecho laboral de la persona que por concurso sí merece la vacante”.

Manifestó que la accionante relaciona el despido injustificado o terminación unilateral del contrato con la falta de prestación médica en el futuro, cosa que no es cierta pues la relación de la accionante con su entidad de salud no se escinde de manera inmediata, sino que goza de un tiempo prudencial de protección para no afectar su derecho a la salud, más específicamente para el tratamiento del cáncer que padece.

Concluyó que aunque la accionante se encuentre en un estado de debilidad manifiesta por su enfermedad, ella tiene 39 años y es administradora de empresas, es decir, se encuentra en una edad laboralmente activa, por lo que es plausible que trabaje en otros medios más acordes a su profesión, además el Estado Colombiano cobija el desempleo con diferentes subsidios y la afiliación extendida a salud, por ello instó a la accionante a afiliarse al régimen subsidiado en salud para no interrumpir sus tratamientos médicos y no afectar su salud.

4. Impugnación Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante presentó escrito de impugnación el 30 de junio de 2016, pues consideró que el fallo censurado incurre en “error de hecho y de derecho” , pues no se ajustó a los fundamentos fácticos que motivaron la tutela ni a los derechos invocados como vulnerados. Además, porque el a quo se negó a cumplir el mandato legal de garantizar el goce de sus derechos como lo establece la ley; y, por último porque se funda en consideraciones inexactas derivada de una equivoca interpretación de sus argumentos.

Mediante auto del 7 de julio de 2016, el juez de primera instancia declaró extemporánea la impugnación presentada. 5. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente - Acuerdo No. 0291 del 2 de octubre de 2012 “Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales de la entidad territorial certificada en educación Municipio San Andrés de Tumaco – Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos NO. 247 de 2012” [2] , Acuerdo No. 416 [3] del 2 de abril de 2013, que modificó el anterior acuerdo y Acuerdo No. 422 del 25 de abril de 2013 [4] que modificó el artículo segundo del Acuerdo 416 de 2013.

- Resolución No. 0244 del 2 de febrero de 20416 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES (433) vacantes de etnoeducador Docente de PRIMARIA de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, en la Entidad Territorial certificada en educación MUNICIPIO DE SAN ANDRÉS DE TUMACO GRUPO B con NIT 891.200.916-2, en el marco de la Convocatoria No. 247 de 2012.” [5] - Listas de asignación de Instituciones Educativas en PRIMARIA, Grupos A y B.

[6] - Resolución No. 0256 del 2 de febrero de 2016 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer CIENTO CINCUENTA Y TRES (153) vacantes de etnoeducador Docente de PRIMARIA de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, en la Entidad Territorial certificada en educación MUNICIPIO DE SAN ANDRÉS DE TUMACO GRUPO A con NIT 891.200.916-2, en el marco de la Convocatoria No. 247 de 2012.” [7] - Copia del Decreto No. 0617 del 19 de noviembre de 2013 “Por el cual se nombra a una docente en provisionalidad, en la planta global, del sector educativo, a cargo del Sistema General de Participaciones del Municipio de San Andrés de Tumaco”, que nombró en provisionalidad a la accionante en el cargo de docente.

[8] - Copia de la Resolución No. 1400 del 12 de mayo de 2016 “Por medio de la cual se retira del servicio a un Docente Provisional perteneciente a la planta de cargos global del Municipio de Tumaco”, que terminó la vinculación en provisionalidad de la accionante en el cargo de docente.

[9] - Decreto No. 0295 del 23 de mayo de 2016 “Por el cual se realizan nombramientos en periodo de prueba de docentes en la planta de cargos del municipio de Tumaco pagados por el Sistema General de Participaciones.” [10] - Copia de resultados de ecografía mamaria bilateral realizada el 10 de abril de 2014 a la señora Aura Milena Rodríguez en la que se indica:

“Se realizó estudio solicitado de las glándulas mamarias con transductor de 7-5 MHZ. Parénquima glandular mamario derecho con presencia de una lesión sólida nodular que mide 20x18mm localizada en el cuadrante superior e interno móvil sin microcalcificaciones de bordes bien delimitados en el horario de las 2. (…)” [11] - Informe realizado por la EPS de la tutelante, en el que se lee:

“ESTUDIO DE COLORACIÓN INMUNOHISTOQUÍMICA EN BIOPSIA: (…) DESCRICPIÓN MICROSCÓPICA: en la coloración básica se reconoce tejido mamario comprometido por una lesión neoplásica maligna de origen epitelial que forma estructuras ductales moderadamente diferenciadas con un patrón de crecimiento infiltrante. En los estudios de inmunohistoquímica las células tumorales son negativas en la expresión de estrógenos y progesterona.

El HER2-NEU presenta una expresión débil e incompleta en la membrana en menos del 10 % de las células. (…) DIAGNÓSTICO: MAMA DERECHA LESIÓN. BIOPSIA:

CARCINOMA DUCTAL INVASOR BLOOM-RICHARDSON-NOTTINGHAM (GRADO II) (…).” [12] - Historia clínica de la accionante, impresa el 10 de septiembre de 2015, en la que se señala, entre otros aspectos, diagnóstico de ingreso:

“tumor maligno de la mama.” [13] - Tarjeta de seguimiento de aplicación de tratamiento oncológico de la accionante. [14] - Copia simple del diploma y acta de grado de Administradora de Empresas otorgado por la Universidad de Nariño a la señora Aura Milena Rodríguez Montaño el 13 de abril de 2013.

[15] II. CONSIDERACIONES 1. Competencia Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

[16] 2. Planteamiento del problema jurídico y metodología para su solución De acuerdo con los antecedentes descritos en precedencia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si el municipio de Tumaco vulnera los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños de una persona (Aura Milena Rodríguez Montaño), al desvincularla del cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, para proceder al nombramiento, a partir de la lista de elegibles, de quien superó el concurso de méritos.

Lo anterior sin tener en cuenta que la persona desvinculada tiene una enfermedad de alto costo -cáncer de mama- y por ende es sujeto de especial protección .

Para resolver el problema jurídico planteado, se examinarán los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad;

(ii) la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; (iii) la provisión de cargos a partir de la lista de elegibles, previo concurso de méritos, frente a la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados y, (iv) solución al caso.

3. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un

particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

[17] Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

[18] Por lo anterior, la tutela resulta procedente pues los derechos fundamentales de la señora Aura Milena Rodríguez Montaño requieren de una protección inmediata, que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos, y debido a que la accionante no cuestiona la legalidad del acto por el cual fue desvinculada. De ahí que esta acción no sea idónea y eficaz para evitar su retiro .

4. La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.

[19] El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, l a Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales [20] .

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales.

De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución [21] .

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 [22] .

Ahora bien, esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “ 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 ” [23] .

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa [24] , antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP) , los niños (art .

44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP) [25] . En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011 [26] , esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación [27] , 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 [28] .

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

“[…] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a:

i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase 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" (negrillas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, que la señora Aura Milena Rodríguez Montaño padece de cáncer de mama desde abril de 2014 y afirma que es madre cabeza de familia [29] .

5. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados. Reiteración de jurisprudencia.

En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.

[30] En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

[31] Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, [32] quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

[33] Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.

"La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010 " .

[34] En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art.

95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

[35] 6. Análisis del caso Le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la desvinculación laboral de la actora del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, para proceder al nombramiento de la lista de elegibles a la persona que superó el concurso de méritos, a pesar de que aquella padece de una enfermedad ruinosa o catastrófica, afectó los derechos fundamentales que invocó.

Examinada la actuación del municipio de Tumaco contenida en la Resolución No. 1400 del 12 de mayo de 2010, se encuentra que esta se sustenta en la expedición de las listas de elegibles del concurso de méritos para proveer los cargos de docentes y docentes directivos en ese municipio, luego de superadas las etapas del concurso convocado mediante Acuerdo No. 416 del 22 de abril de 2013 proferido por la mencionada entidad.

A juicio de la Sala de Revisión, 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 de debilidad manifiesta constitucionalmente protegida, relacionada con su delicado estado de salud originado en el cáncer de mama que padece desde el 10 de abril de 2014, esto es, aproximadamente 2 años antes de su desvinculación laboral.

Sin embargo, como se indicó en precedencia, la Corte en la sentencia SU-446 de 2011 en la que resolvió algunos casos que guardan similitud con el que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, fue enfática en señalar que la entidad demandada tenía la obligación de prodigar un trato preferencial a las madres y padres cabeza de familia, prepensionados y personas con limitaciones, que fueron retirados de los cargos de carrera que ocupaban en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación por la prevalencia de los derechos de quienes debían acceder a esos cargos al superar el concurso de méritos, como una medida afirmativa en aplicación del artículo 13 de la Constitución. Motivo por el cual, le ordenó que, de ser posible, (de existir cargos vacantes), fueran nuevamente vinculadas provisionalmente en cargos equivalentes a los que venían ocupando antes de su desvinculación, para lo cual debían demostrar cualquiera de esas condiciones para la época de su desvinculación y en el momento del posible nombramiento.

En el caso examinado, encuentra la Sala de Revisión que antes de expedirse la lista de elegibles para el nombramiento de quien debía ocupar el cargo de “Docente de Aula” , Código 9001 Grado 2A, en la Institución Educativa Buchell – Primaria del municipio de Tumaco - Nariño , se ha debido prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaño, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de su salud.

Como tal dispositivo no se previó a favor de la actora, el Alcalde del municipio de Tumaco deberá proceder, de ser posible, a su vinculación de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante, habida cuenta que la alteración de la normalidad de su estado de salud era evidente al

momento de su desvinculación laboral. 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 al municipio de Tumaco emprender las actuaciones necesarias para que se le garantice la vinculación a la seguridad social en salud, de tal manera que pueda continuar el tratamiento integral de la patología que padece.

Por las razones expuestas, en la parte resolutiva de esta providencia, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tumaco el 16 de junio de 2016, mediante el cual negó el amparo solicitado. En consecuencia, se ordenará al municipio de Tumaco que vincule nuevamente a la actora en un cargo de igual rango o remuneración al que ocupaba antes de su remoción, si fuera posible, por encontrarse vacante.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Rodríguez Montaño 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, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador.

III. DECISIÓN Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia de tutela proferida el 16 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Tumaco , mediante la cual se negó el amparo solicitado y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la señora Aura Milena Rodríguez Montaño.

Segundo.- ORDENAR al municipio de Tumaco, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, vincule a la señora Aura Milena Rodríguez Montaño en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba como “Docente de Aula” , Código 9001 Grado 2ª, en la Institución Educativa Buchell – Primaria del municipio de Tumaco - Nariño , en el evento de que haya un cargo de esta naturaleza que se encuentre vacante .

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Rodríguez Montaño en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad, estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar sea posteriormente provisto en propiedad mediante sistema de carrera y su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Tercero.- En el caso de que no se encuentre vacante un cargo similar al que ocupaba Aura Milena Rodríguez Montaño antes de la desvinculación laboral, ORDENAR al municipio de Tumaco, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a cuando tenga certeza de dicha circunstancia, inicie las actuaciones necesarias para que la mencionada señora sea vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar el tratamiento integral que requiere para la recuperación de la normalidad de su estado de salud. En este caso, la vinculación al régimen contributivo de salud deberá mantenerse hasta tanto la señora Rodríguez Montaño finalice los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por parte de otro empleador.

Cuarto.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de primera instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado Ausente en comisión DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada ROCÍO LOAIZA MILIÁN Secretaria General (e) [1] Consta en el expediente que la accionante presentó acción de tutela en contra de la EPS COSMITET LTDA. Para que le fueran tutelados sus derechos fundamentales a la salud, vida, diagnóstico y seguridad social, providencia que ordenó a dicha EPS que le suministrara a la tutelante y un acompañante, los gastos de transporte vía aérea, estadía y alimentación a la ciudad de Cali, con el fin de que asista a la intervención quirúrgica que debía realizársele.

[2] Folios 50 a 70 del expediente. [3] Folios 71 a 80 del expediente. [4] Folios 81 a 83 del expediente. [5] Folios 84 a 95 del expediente. [6] Folios 105 a 134 del expediente.

[7] Folios 96 a 104 del expediente. [8] Folios 20 y 21 del expediente. [9] Folios 14 y 15 del expediente. [10] Folios 112 a 140 del expediente.

[11] Folio 24 del expediente. [12] Folio 28 del expediente. [13] Folios 25 a 27 del expediente. [14] Folio 29 del expediente. [15] Folios 163 y 164 del expediente.

[16] El expediente fue seleccionado para su revisión mediante auto de la Sala de Selección Número Tres del 16 de marzo de 2017. [17] Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[18] Sobre este punto ha dicho la Corte: “[…] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

Sentencia T-016 de 2008 MP Mauricio González Cuervo. [19] La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo) se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta e n contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, “ Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política ”. El actor en sus cargos señaló que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución por otro opuesto o completamente diferente.

Indicó el demandante que: “la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento”. La Corte constitucional sostuvo que “la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. […] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el

espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser". Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional".

[20] Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que "la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.

Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso.

Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo ".

[21] El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece que "[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado".

[22] La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que "la pérdida del trabajo […] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo". Además, la Corte sostuvo por vez primera que

“el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción.

Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican directamente de quien es desvinculado”…”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[23] Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). [24] En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

[25] Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[26] 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".

[27] La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

[28] 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).

[29] Al examinar el material probatorio obrante en el expediente, no se observa ninguna prueba que constate esta situación. [30] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias 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, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

[31] Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009. [32] En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

[33] Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación.

Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

[34] Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: " TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones:

i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase 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) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010” .

[35] Sentencia T-462 de 2011. (MP: Juan Carlos Henao Pérez).

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 5 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.