

Sentencia T-096/18

ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD FRENTE A NOMBRAMIENTO DE CARGOS DE CARRERA-Caso en que se declaró insubsistente nombramiento en provisionalidad de persona portadora de VIH/SIDA para proveer dicho empleo mediante el sistema de carrera

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Procedencia excepcional

En el caso que se estudia, la decisión del Fiscal General de la Nación de declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad de Esteban como Secretario Administrativo I, se adoptó mediante la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, la cual, por su naturaleza, constituye un acto administrativo de contenido particular y concreto. Si bien es cierto los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son susceptibles de cuestionarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es que en la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra, derivada de la grave enfermedad que padece (VIH/SIDA), exigirle acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye una carga desproporcionada, por cuanto bien es sabido que los procesos que allí se tramitan conllevan el sometimiento a términos excesivos para la solución de la controversia que podrían, incluso, llegar a superar su expectativa de vida, sin obtener la realización efectiva de los derechos en discusión, lo que se traduce en un mecanismo ineficaz para el propósito que por su intermedio se pretende alcanzar.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Categorías o modalidades

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, en el ordenamiento jurídico interno, la carrera administrativa se articula en torno a tres categorías o modalidades, a saber:(i) el

sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal. El sistema general de carrera es aquel establecido en el artículo 125 Const., como regla general, para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, el cual se encuentra regulado en 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”, y sus normas complementarias. De manera paralela al sistema general de carrera, coexisten sistemas especiales que, por su naturaleza, se encuentran sometidos a una regulación diferente por parte del legislador, pero siempre con observancia de los principios que orientan el sistema general de carrera. A estos se sujetan los empleos de determinadas entidades del Estado, bien por expreso mandato constitucional, ora por disposición del legislador, dada la singularidad y especificidad de las funciones que les vienen asignadas.

REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION- Marco normativo

CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Sistema especial de origen constitucional

La Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, por expresa disposición del artículo 253 de la Carta, el cual establece que “la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio [...] de los funcionarios y empleados de su dependencia”.

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

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.

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

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Improcedencia por cuanto declaración de insubsistencia de nombramiento en provisionalidad se debió a nombramiento de quien ganó concurso de méritos

Expediente T-6.434.249

Acción de tutela presentada por Esteban* en contra de la Fiscalía General de la Nación

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de septiembre de 2017, que confirmó el dictado por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de agosto anterior, en el trámite del amparo constitucional promovido por Esteban en contra de la Fiscalía General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 15 de agosto de 2017, Esteban presentó acción de tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados por esa entidad, al declarar insubsistente su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Secretario Administrativo I para proveer dicho empleo mediante el sistema de carrera, sin atender su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada del hecho de ser portador de VIH/SIDA.

Los hechos a partir de los cuales se fundamenta la presente acción, son los que a continuación se exponen:

2. Hechos relevantes y pretensiones

2.2. En el desarrollo de dicho concurso, se realizaron 15 convocatorias, dentro de estas, la número 011-2008, en la cual se ofertaron un total de 454 cargos de Secretario I, II, III y IV que, posteriormente, fueron agrupados y modificados en su nomenclatura para denominarse Secretario Administrativo I y II[3].

2.3. El 11 de mayo de 2009, Esteban se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, ocupando en provisionalidad los siguientes empleos de carrera:

Fecha nombramiento

Denominación del cargo

Dependencia

Resolución 0-1863 del 11 de mayo de 2009

Auxiliar de Servicios Generales I

Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá

Resolución 0-2725 del 18 de junio de 2009

Auxiliar Administrativo I

Dirección Nacional Administrativa y Financiera

Resolución 0-2125 del 13 de septiembre de 2010

Secretario II

Oficina de Informática

Resolución 898 del 29 de mayo de 2017

Secretario Administrativo I

Delegada para las Finanzas Personales

2.4. Una vez agotadas todas las etapas del referido concurso de méritos, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, mediante Acuerdo 0036 del 13 de julio de 2015, conformó la lista definitiva de elegibles para la provisión de las plazas ofertadas en la Convocatoria 011-2008, dentro de las que se encontraba el cargo de Secretario Administrativo I, ocupado en provisionalidad por el actor.

2.5. Posteriormente, por medio de la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, el Fiscal General de la Nación designó en período de prueba de los elegibles clasificados y, como consecuencia de ello, dispuso que el nombramiento en provisionalidad de los servidores que ostentaban las vacantes objeto de concurso se entendería declarado insubsistente de forma automática “una vez el elegible [tomara] posesión del mismo”.

2.6. El 13 de julio de 2017, el subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación le comunicó al actor que en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad había sido nombrada la señora Raquel, quien se ubicó en el puesto número 214 del registro de elegibles, y que, una vez esta se posesionara, se daría por terminada su vinculación laboral con la entidad.

2.7. En efecto, de acuerdo con la información que obra dentro del expediente, el 17 de agosto de 2017, Raquel tomó posesión como Secretario Administrativo I en la Dirección de Atención al Usuario, Intervención Temprana y Asignaciones de la Delegada para las

Finanzas Criminales y, por ende, a partir de esa fecha, se hizo efectivo el retiro del demandante de la Fiscalía General de la Nación.

2.8. En consecuencia, asevera que, para efectos de su desvinculación laboral, no se tuvo en cuenta la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra y, por tanto, su calidad de sujeto de especial protección constitucional, debido a que desde hace varios años es portador de VIH/SIDA, enfermedad crónica y de alto costo cuyo tratamiento ha venido asumiendo Compensar EPS, pero el cual se encuentra en riesgo de ser suspendido, ante la decisión de su retiro adoptada por la autoridad demandada, “sin autorización del Ministerio de Trabajo”. Menciona, además, que con motivo de un proceso disciplinario adelantado en su contra por varias usencias laborales y que culminó con archivo de la investigación[4], se vio precisado a informar a la Dirección de Control Interno sobre la gravedad de su estado de salud, así como de una agresión sexual de la que fue víctima cuando tenía 15 años de edad[5], hecho traumático que le ha generado secuelas a nivel psíquico y emocional, razón por la cual aduce que la entidad accionada tenía conocimiento previo de su condición de vulnerabilidad y, aun así, procedió a su retiro.

2.9. Con fundamento en la situación fáctica descrita, a través de la presente acción de tutela, solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, prerrogativas que considera han sido vulneradas por Fiscalía General de la Nación con ocasión de la desvinculación de esa entidad sin atender su condición de sujeto de especial protección constitucional y, en esa medida, se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o, a otro de igual jerarquía en la ciudad de Bogotá, “para que se me continúe pagando la seguridad social y pueda recibir el tratamiento médico en desarrollo, e iniciar mi proceso de calificación de la invalidez para lograr una pensión”.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, en su mayoría de origen documental, son las siguientes:

- Copia simple de algunos apartes de la historia clínica de Esteban del 2 de septiembre de 2006, cuando aún no se le había diagnosticado VIH/SIDA (f. 1 a 4, cuaderno 1).

- Copia simple de la Resolución 0-2725 del 18 de junio de 2009, por medio de la cual se nombra en provisionalidad a Esteban en el cargo de Auxiliar Administrativo I (f. 8, cuaderno 1).
- Copia simple de la Resolución 0-2152 del 13 de septiembre de 2010, por medio de la cual se nombra en provisionalidad a Esteban en el cargo de Secretario II (f. 9, cuaderno 1).
- Copia simple del Oficio 0007 del 5 de diciembre de 2016, por medio del cual se informa a Esteban la necesidad de su comparecencia para la notificación del auto que ordena el cierre de la investigación disciplinaria iniciada en su contra (f. 29, cuaderno 1).
- Copia simple del fallo de tutela dictado por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá el 21 de febrero de 2017, frente a la negativa de Compensar EPS de autorizar la entrega de algunos medicamentos ordenados por su médico tratante (f. 30 a 38, cuaderno 1).
- Copia simple de la cédula de ciudadanía de Esteban (f. 43, cuaderno 1).
- Copia simple de la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, expedida por el Fiscal General de la Nación, “por medio de la cual se efectúan unos nombramientos en período de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad” (f. 56 a 60, cuaderno 1).
- Copia simple de la comunicación del 13 de julio de 2017, mediante la cual el subdirector de Talento Humano le informa al actor que el 12 de julio anterior se nombró en el cargo que ocupaba en provisionalidad a Raquel y que, una vez esta se posesione, “se dará por terminada su vinculación laboral con la Fiscalía General de la Nación” (f. 61, cuaderno 1).

4. Trámite procesal y respuesta a la acción de tutela

Por medio de Auto del 16 de agosto de 2017, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió la acción de tutela y, con el fin de conformar debidamente el contradictorio, ordenó correr traslado de la misma a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se pronunciara acerca de los hechos que la motivaron y las pretensiones incoadas.

En la misma providencia dispuso, además, que en el término de 1 día, esa entidad debería comunicar a Raquel, en calidad de tercero con interés legítimo, la admisión a trámite de la acción de tutela para que ejerciera su derecho de defensa, y allegar la respectiva constancia junto con el escrito de réplica. Sin embargo, habiéndose dado cumplimiento a dicha orden el 18 de agosto de 2017[6], Raquel guardó silencio.

4.1. Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, por intermedio del subdirector de Talento Humano, dio respuesta a la acción de tutela, mediante escrito en el que se opuso a la procedencia del amparo solicitado.

Para tal efecto señaló que, a través de la Circular 0002 del 10 de abril de 2015, el Fiscal General de la Nación informó a todos los servidores nombrados en provisionalidad en cargos a ser proveídos con la lista de elegibles del concurso de méritos para el área administrativa y financiera de la entidad, sobre las condiciones para la desvinculación laboral de sujetos de especial protección constitucional.

Conforme a dicha directriz, sostiene que el actor tenía la carga de poner en conocimiento de la Subdirección de Talento Humano, del Departamento de Personal o del Departamento de Bienestar y Salud Ocupacional la especial condición de salud en la que se encontraba, pues, de otro modo, no podía la Fiscalía General de la Nación propender por la protección de unos derechos cuya afectación desconocía.

Sobre esa base, informa que en el grupo 01 de la Convocatoria 011/2008 se ofertaron 157 empleos de Secretario Administrativo I y se realizaron 255 nombramientos en período de prueba por movilidad de la lista, dentro de los cuales se encuentra el de Raquel, quien ocupó el puesto número 214 en la referida convocatoria, cargo que se encontraba provisto en provisionalidad por Esteban.

En ese orden, comoquiera que su desvinculación estaba supeditada a la posesión de la elegible, la cual se hizo efectiva el 17 de agosto de 2017, aduce que a partir de ese momento operó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad. No obstante, manifiesta que, desde el 13 de julio de 2017, el actor no se presentó a laborar ni informó las razones de su inasistencia, abandonando el ejercicio de sus funciones

antes de que la señora Raquel tomara posesión de su cargo.

Finalmente, considera la Vista Fiscal que si lo que se pretende es dejar parcialmente sin efectos la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, mediante la cual se efectuó el nombramiento en período de prueba de Raquel y, a su vez, se declaró insubsistente el nombramiento del actor en provisionalidad, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para dicho efecto, por cuanto puede acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener por esa vía expedita la protección de los derechos fundamentales que estima vulnerados.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

La Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de agosto de 2017, resolvió NEGAR por improcedente el amparo deprecado por el actor, tras considerar que su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad obedeció a una causal objetiva y razonable, sin que se desconociera su calidad de sujeto de especial protección constitucional, ya que fue de los últimos servidores en ser retirados de la entidad.

Destacó, asimismo, que no se aportó con los elementos de prueba la historia clínica o cualquier otro documento que permitiera establecer la gravedad de su estado de salud, razón por la cual, ante la carencia demostrativa del riesgo de afectación de las garantías fundamentales invocadas, “el actor está llamado a desplegar ante los jueces naturales un amplio debate argumentativo y probatorio tendiente a dilucidar el prenotado aspecto, propósito inadmisibles en el reducido y sumario ámbito de la tutela”.

2. Impugnación

La anterior decisión fue recurrida oportunamente por la parte actora, quien se ratificó en todo lo expuesto en su escrito introductorio y, agregó, que su condición médica se encuentra plenamente acreditada con el anexo a la demanda de tutela de copia simple del fallo dictado por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá el 21 de febrero de 2017, en el trámite de otra acción de tutela que instauró en contra de Compensar EPS, debido a que

esa entidad no autorizaba la entrega de los medicamentos ordenados por su médico tratante para el manejo de la enfermedad que padece. En todo caso, con el escrito de impugnación adjuntó copia íntegra de su historia clínica, a fin de que obrara como prueba dentro del expediente (f. 136 a 341).

3. Segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de septiembre de 2017, confirmó el fallo objeto de impugnación, sobre la base de estimar que si bien es cierto el actor es un sujeto de especial protección constitucional, dadas las circunstancias de vulnerabilidad a las que está expuesto con ocasión de la enfermedad que lo aqueja, también lo es que su desvinculación del cargo que ocupaba en provisionalidad no desconoce sus derechos fundamentales, por cuanto “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 de méritos, como ocurrió en el presente caso”.

A lo anterior, agregó que las 157 vacantes ofertadas no alcanzaban a agotar la lista de elegibles conformada mediante el Acuerdo 0046 del 22 de mayo de 2015, dado que esta superaba ampliamente el número de empleos a proveer, de modo que la entidad demandada no tenía margen de maniobra para procurar garantizar la estabilidad laboral reforzada que reclama el solicitante.

Con todo, advirtió que de no ser posible la continuidad del demandante en el régimen contributivo de salud, el Estado está en la obligación de brindarle la atención médica integral que requiera para el tratamiento de su enfermedad, a través de su afiliación al régimen subsidiado de salud (Sisbén).

III. REVISIÓN DEL PROCESO DE TUTELA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente de tutela de la referencia a esta Corte para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Once, mediante Auto del 14 de noviembre de 2017, notificado el 29 de noviembre siguiente, decidió seleccionarlo y asignar su conocimiento a la Sala Tercera de Revisión.

Conforme con lo anterior, procede esta Sala de Revisión a dictar sentencia dentro del proceso de tutela T-6.434.249.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 14 de noviembre de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Once de esta corporación.

2. Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica descrita en los antecedentes de esta providencia, el problema jurídico que le corresponde resolver la Corte, se contrae a la necesidad de establecer, si con motivo de la decisión adoptada por la Fiscalía General de la Nación a través de la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor en un cargo de carrera administrativa para ser provisto por quien superó satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos e integró la lista de elegibles, se vulneran sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, habida cuenta que padece VIH/SIDA y, por tanto, es sujeto de especial protección constitucional.

Para tales efectos, la Sala procederá a reiterar la jurisprudencia constitucional en torno a los siguientes temas: (i) la estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; y (ii) la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación por activa

3.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un

mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

3.1.2. En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, [p]or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el defensor del pueblo y los personeros municipales.”

3.1.3. En el caso sub judice, el demandante es un ciudadano mayor de edad que actúa, por sí mismo, en defensa de sus derechos e intereses, razón por la cual se encuentra plenamente legitimado para instaurar la presente acción de tutela.

3.2.1. La Fiscalía General de la Nación es una entidad perteneciente a la rama judicial del poder público con plena autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política y sus normas concordantes.

3.2.2. En ese orden, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, dada su calidad de autoridad pública del orden nacional, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

3.3. Subsidiariedad

3.3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter subsidiario y

residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador.

3.3.2. El carácter subsidiario y residual, significa entonces que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3.3.3. Bajo esa orientación, se entiende que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”[7].

3.3.4. Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben resolverse a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos y, solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, a la acción de tutela.

3.3.5. En el caso que se estudia, la decisión del Fiscal General de la Nación de declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad de Esteban como Secretario Administrativo I, se adoptó mediante la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, la cual, por su naturaleza, constituye un acto administrativo de contenido particular y concreto.

Si bien es cierto los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son susceptibles de cuestionarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es que en la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra, derivada de la grave

enfermedad que padece (VIH/SIDA), exigirle acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye una carga desproporcionada, por cuanto bien es sabido que los procesos que allí se tramitan conllevan el sometimiento a términos excesivos para la solución de la controversia que podrían, incluso, llegar a superar su expectativa de vida, sin obtener la realización efectiva de los derechos en discusión, lo que se traduce en un mecanismo ineficaz para el propósito que por su intermedio se pretende alcanzar. [8]

3.4. Inmediatez

3.4.1. La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, supuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que este mecanismo brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable[9].

3.4.2. Respecto de la oportunidad para su presentación, esta corporación ha sido enfática en señalar que debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales[10].

3.4.3. Sobre esa base, será el juez de tutela el encargado de ponderar y establecer, a la luz del caso concreto[11], si la acción se promovió dentro de un lapso prudencial, de tal modo que, de un lado, se garantice la eficacia de la protección impetrada y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su desidia e inactividad, acudieron tardíamente a solicitar el amparo de sus derechos.

3.4.4. Según se expuso anteriormente, la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017 estableció que el nombramiento en provisionalidad de los servidores que ocupaban las plazas a proveer, mediante la lista de elegibles de la Convocatoria 011-2008, se entendería declarado insubsistente de forma automática una vez el elegible tomara posesión del

mismo.

3.4.5. Bajo ese entendido, la Sala encuentra que la exigencia de inmediatez también se encuentra debidamente acreditada en el asunto que se revisa, toda vez que el amparo constitucional se promovió en un término razonable y proporcional al hecho que originó la presunta vulneración, pues el actor radicó la correspondiente demanda el 15 de agosto de 2017, es decir, un mes después de que Raquel fuera nombrada en período de prueba en el cargo que él venía ocupando en provisionalidad (12 de julio de 2017) y dos días antes de que tomara posesión del mismo (17 de agosto de 2017), momento a partir del cual se produjo su retiro definitivo de la Fiscalía General de la Nación.

4. Breve referencia a la naturaleza especial de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación

4.1. El artículo 125 de la Constitución Política (i) estatuye, como regla general, el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones tales como: cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley; (ii) dispone que los funcionarios del Estado sean nombrados por concurso público, excepto cuando su sistema de nombramiento no haya sido previsto por la Constitución o la ley; (iii) prevé el ingreso y ascenso a los cargos de carrera con el previo cumplimiento de los requisitos y condiciones legalmente fijados para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, (iv) así como el retiro, que se producirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por otras causales previstas en la Constitución o en la ley; (v) y, por último, descarta la filiación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso o remoción de un empleo de carrera.

4.2. En esa misma orientación, el artículo 130 superior señala que “habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial” (negrilla fuera del texto original).

4.3. Conforme al contenido de las citadas normas, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, en el ordenamiento jurídico interno, la carrera administrativa se articula en

torno a tres categorías o modalidades, a saber: (i) el sistema general de carrera, (ii) los sistemas especiales de carrera de origen constitucional y (iii) los sistemas especiales de carrera de creación legal.[12] El sistema general de carrera es aquel establecido en el artículo 125 Const., como regla general, para la gran mayoría de empleos públicos en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, el cual se encuentra regulado en 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”, y sus normas complementarias. De manera paralela al sistema general de carrera, coexisten sistemas especiales que, por su naturaleza, se encuentran sometidos a una regulación diferente por parte del legislador, pero siempre con observancia de los principios que orientan el sistema general de carrera. A estos se sujetan los empleos de determinadas entidades del Estado, bien por expreso mandato constitucional[13], ora por disposición del legislador[14], dada la singularidad y especificidad de las funciones que les vienen asignadas.

4.4. Particularmente y por interesar a esta causa, la Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, por expresa disposición del artículo 253 de la Carta, el cual establece que “la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio [...] de los funcionarios y empleados de su dependencia”.

4.5. En desarrollo de dicha preceptiva superior, el artículo 159 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, dispone que la Fiscalía General de la Nación “tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. [...]”.

4.6. De igual forma, la citada Ley 909 de 2004, en su artículo 3º, reafirma el carácter especial del régimen de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, al señalar que sus disposiciones se aplicarán, con carácter supletorio, a los servidores públicos de las carreras especiales, mencionando dentro de estas a la Fiscalía General de la Nación.

4.7. Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley

1654 de 2013, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 20 de 2014, “por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”. En su artículo 2º, define esa carrera especial como “el sistema técnico de administración de personal que, en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública, busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos, previa demostración del mérito; proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos; desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso. Así mismo, pretende la eficiencia y eficacia de la función que cumplen los servidores, evaluada esta a través del desempeño del cargo y de las competencias laborales”.

4.8. Para el logro de tales propósitos, el artículo 4º del mismo decreto dispone que su administración corresponderá a las Comisiones de la Carrera Especial y de sus entidades adscritas, las cuales habrán de conformarse según lo establecido en los artículos 14[15] y 15[16] siguientes.

4.9. Del anterior recuento normativo, cabe concluir que, por voluntad del Constituyente, la Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen especial de carrera (art. 253 Const.), autónomo e independiente, cuya administración y vigilancia, a diferencia de lo dispuesto para el sistema general de carrera, está a cargo de las Comisiones de la Carrera Especial, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ley 20 de 2014, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias. Ello, en atención a la naturaleza y especialidad de las actividades asignadas a sus servidores que, necesariamente, determinan la adopción de requisitos especiales para el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, todo dentro de los límites que la Constitución impone.[17]

5.1. 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.

5.2. 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.)[18]. A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

5.3. 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[19], si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo[20], 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.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos[21], 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[22].

5.5. 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”[23].

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o que padecen grave enfermedad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”[24].

5.7. 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.[25] 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.).

5.8. 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.

5.9. 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”.

5.10. En otros pronunciamientos[26], 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.

5.11. 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.

Habiéndose dejado claro esto, pasa la Sala a resolver el caso concreto.

6. Caso concreto

6.1. Conforme se expuso en los antecedentes de esta providencia, por medio de la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, la Fiscalía General de la Nación, en el marco del concurso público de méritos para la provisión de empleos del área administrativa y financiera, designó en período de prueba a Raquel en el cargo de Secretario Administrativo I, el cual venía siendo ocupado en provisionalidad por Esteban. En consecuencia, en la misma resolución, declaró insubsistente el nombramiento de este último a partir de que la elegible tomara posesión del cargo, diligencia que se llevó a cabo el 17 de agosto de 2017.

6.2. Según lo manifiesta el demandante y así se encuentra acreditado en el expediente con la historia clínica aportada al presente trámite, desde el año 2009, le fue diagnosticado VIH/SIDA, enfermedad crónica, degenerativa y de alto costo, cuyo tratamiento médico ha venido asumiendo Compensar EPS.

6.4. Examinado el contenido de la Resolución 02431 del 12 de julio de 2017, la Sala encuentra que la decisión del Fiscal General de la Nación de desvincular al actor del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, estuvo debidamente motivada en una causal objetiva y razonable, acorde con los mandatos constitucionales y legales que exigen que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera se haga exclusivamente con base en el mérito. En tal sentido, no se evidencia, prima facie, la utilización arbitraria o abusiva de la facultad de remover a los servidores bajo su dependencia y, menos aún, que su proceder esté relacionado con la enfermedad que aqueja al demandante.

6.5. Recuérdesse que la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce sus derechos fundamentales, pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores, cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles.

6.6. Ahora bien, de conformidad con las consideraciones previamente expuestas, cuando la persona que ocupa un cargo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como en el presente caso, aunque no le asista el derecho a permanecer indefinidamente en un empleo de carrera, se le debe brindar un trato preferente antes de proceder al nombramiento en período de prueba de quien resultó elegible en un concurso de méritos. Así entonces, la entidad está en la obligación de adoptar las siguientes medidas: (i) prever mecanismos orientados a garantizar que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público; (ii) en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en provisionalidad, vincularlos bajo la misma modalidad mientras estos son provistos por el sistema de carrera; (iii) si la situación de debilidad manifiesta se deriva de una grave afectación de salud y, por alguna circunstancia objetiva, resulta imposible su nombramiento en otro empleo, habrá de mantenerse la 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.

6.7. En el asunto que se revisa, esta Sala observa que la autoridad demandada, en cumplimiento de las pautas señaladas en la sentencia SU-446 de 2011, expidió la Circular

0002 del 10 de abril de 2015, por medio de la cual estableció las “directrices para la desvinculación laboral de sujetos de especial protección constitucional durante la provisión de los cargos de carrera convocados mediante concurso de méritos del área administrativa y financiera de 2008”. Allí, reguló lo concerniente a: (i) las formas de acreditar la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (ii) los criterios de desempate ante la presentación de múltiples solicitudes que acreditaran las mismas condiciones; y (iii) “los mecanismos para procurar que los funcionarios provisionales en condición de especial protección que ostentan cargos afectados por el concurso de méritos del área administrativa y financiera de 2008 sean los últimos en ser desvinculados”.

Respecto de tales mecanismos, concretamente, dispuso lo siguiente:

“Los servidores que ostenten en provisionalidad un cargo convocado en el concurso de méritos del 2008 y que se encuentren en condición de especial protección, harán entrega de la solicitud en tal sentido anexando los documentos que acrediten las condiciones mencionadas en la presente circular, hasta el 25 de abril de 2015, ante el Departamento de Administración de Personal y las Subdirecciones Seccionales de Apoyo a la Gestión en donde resida el solicitante.

[...]

Una vez recaudada y verificada la información si fuere necesario, la misma deberá ser remitida a la Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión en las matrices que la Subdirección de Talento Humano establezca para el efecto. Esta dependencia consolidará la información y la enviará al Despacho del Fiscal General de la Nación-grupo planta.

Con la información recolectada, la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional, procurará que los sujetos de especial protección constitucional sean los últimos en ser desvinculados de la entidad.

En consecuencia, se dispone que los actos de nombramiento de las personas que ingresarán a la entidad, en virtud del concurso de méritos del área administrativa y financiera 2008, a ocupar los cargos que ostentan los funcionarios en condición de especial protección a los que se ha hecho referencia en la presente circular, serán los últimos en expedirse, indicándose en dicho acto que la desvinculación del funcionario en

provisionalidad de especial protección sólo se materializará una vez se posea en el cargo el titular proveniente del concurso de méritos 2008.”[27] (aportes subrayados fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda que la autoridad demandada sí previó medidas dirigidas a garantizar que los sujetos de especial protección constitucional que ocupaban en provisionalidad las plazas ofertadas mediante la Convocatoria 011-2008, fueran los últimos en ser desvinculados de la entidad.

6.8. Particularmente, está demostrado que, al margen del hecho de si informó o no a la subdirección competente acerca de su condición de sujeto de especial protección derivada de la enfermedad que lo aqueja (VIH/SIDA), el actor fue de los últimos provisionales en ser desvinculados de la Fiscalía General de la Nación, pues habiéndose conformado la lista definitiva de elegibles de la Convocatoria 011-2008, el 13 de julio de 2015, solo hasta el 12 de julio de 2017, es decir, casi dos años después y un día antes de que esta perdiera su vigencia[28], la parte accionada designó en período de prueba a Raquel y, por consiguiente, declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad, decisión que se hizo efectiva el 17 de agosto de 2017, cuando la elegible tomó posesión del cargo.

6.9. De igual forma, según la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación en su respuesta a la acción de tutela, no fue posible la reubicación del actor en otro cargo, debido a que todas las vacantes fueron provistas mediante el sistema de carrera. Conforme con lo expresado por esa entidad y revisado el contenido del Acuerdo 0036 del 13 de julio de 2015, mediante el cual se publicó el registro definitivo de elegibles, la Sala concluye que los aspirantes que ganaron el concurso (264)[29] para el cargo de Secretario Administrativo I superaron el número de empleos ofertados (157)[30], de ahí que al efectuarse la provisión de los mismos en estricto orden de mérito, se agotaron las vacantes para una eventual reubicación del demandante, quedando, entonces, la entidad sin margen de maniobra para proceder de conformidad con las pautas señaladas por la jurisprudencia de esta corporación en las situaciones de especial protección antes mencionadas.

6.10. Ante ese panorama, siendo vital la necesidad de que el actor continúe con el tratamiento médico de su enfermedad sin interrupciones que signifiquen un riesgo para su vida, el ente accionado tenía como última alternativa mantener su afiliación al Sistema de

Seguridad Social en Salud, de manera que también se le permitiera acceder a la calificación del grado de pérdida de su capacidad laboral con miras a obtener una pensión de invalidez, hasta que un nuevo empleador asumiera dicha obligación.

6.11. Sobre este particular, no advierte esta corporación que la Fiscalía General de la Nación se haya referido a ese aspecto en el escrito de respuesta allegado al presente trámite. Sin embargo, consultada la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, el 9 de marzo de 2018, se encontró la siguiente información de Esteban:

6.12. De acuerdo con lo anterior, es claro que el accionante se mantiene activo en el régimen contributivo, a través de Compensar EPS, desde el 16 de noviembre de 2005, sin que a la fecha se evidencie interrupción ni suspensión en la prestación de los servicios asistenciales a que tiene derecho. En esa medida, no habrá necesidad de proferir orden alguna en el sentido de extender su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud.

6.13. Así las cosas, no encuentra la Corte que, con la decisión en cuestión, la Fiscalía General de la Nación haya desconocido los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del accionante, puesto que la misma, como ya se dijo, estuvo sustentada en una causal objetiva y razonable que, además, cuenta con amplio respaldo en la jurisprudencia constitucional, y, previamente, adoptó los mecanismos tendientes a que su retiro fuera de los últimos en efectuarse, sin que resultara posible su reubicación en otro empleo vacante.

6.14. En virtud de las consideraciones precedentes, se confirmará la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de septiembre de 2017, que, a su vez, confirmó la dictada por la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de agosto del mismo año, en el trámite de la acción de tutela promovida por Esteban en contra de la Fiscalía General de la Nación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

SEGUNDO. Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado Ponente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ley 938 de 2014, artículo 60.

[2] Decreto Ley 20 de 2014, artículo 4º.

[3] Decreto Ley 017 de 2014.

[4] Auto 2934 del 2 de diciembre de 2016.

[5] Actualmente tiene 27 años de edad.

[6] A folio 98, obra correo electrónico enviado por Raquel al subdirector de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación el 18 de agosto de 2017, con mensaje de acuso de recibo.

[7] Consultar, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-022 de 2017.

[8] Respecto del análisis del presupuesto de subsidiariedad de la acción de tutela en el caso de sujetos que padecen VIH/SIDA, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-295 de 2008, T-490 de 2010, T-025 de 2011, T-412 de 2016 y T-277 de 2017.

[9] Sentencias 1043 de 2010 y T-022 de 2017.

[10] Sentencias T-797 de 2013, T-022 de 2017 y T-153 de 2017.

[11] Sentencias T-604 de 2004, T-022 de 2017 y T-153 de 2017.

[12] Sentencias C-553 de 2010 y C-285 de 2015.

[13] Fuerzas militares (Art. 217 CP), Policía Nacional (Art. 218 inciso 3º CP), Fiscalía General de la Nación (Art. 253 CP), Rama Judicial (Art. 256-1 CP), Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 inciso 3º CP), Contraloría General de la República (Art. 268-10 CP), Procuraduría General de la Nación (Art. 279 CP) y universidades del Estado (Art. 69 CP).

[14] Artículo 4º de la Ley 909 de 2004.

[15] “ARTÍCULO 14. COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. En la Fiscalía General de la Nación habrá una Comisión de la Carrera Especial conformada por:

1. El Fiscal General de la Nación o su delegado, quien la presidirá.
2. El Director de Apoyo a la Gestión o su delegado.
3. El Subdirector de Talento Humano.
4. Dos (2) representantes de los servidores con derechos de carrera, uno por parte de los funcionarios y otro por parte de los empleados.

[...]”.

[16] “ARTÍCULO 15. COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LAS ENTIDADES ADSCRITAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. En cada una de las entidades adscritas de la Fiscalía General de la Nación habrá una Comisión de la Carrera Especial, conformada por:

1. El Representante legal o su delegado, quien la presidirá.
2. El Secretario General o quien haga sus veces.
3. El jefe de talento humano o quien haga sus veces. En caso de que en la entidad adscrita el jefe de talento humano sea el Secretario General, el jefe de la oficina jurídica.
4. Dos (2) representantes de los servidores con derechos de carrera.

[...]”.

[17] Sentencia C-285 de 2015.

[18] Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

[19] Consultar, entre otras, las sentencias C-640 de 2012 y SU-554 de 2014.

[20] Ibidem.

[21] Consultar, entre otras, las sentencia T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

[22] Sobre el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-553 de 2010, SU-917 de 2010, SU-554 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

[23] Sentencia SU-446 de 2011.

[24] Consultar, entre otras, las sentencias T-186 de 2013 y T-373 de 2017.

[25] Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, C-640 de 2012, T-156 de 2014, T-326 de 2014 y T-373 de 2017

[26] Consultar, entre otras, las sentencias T-462 de 2011, T-605 de 2013 y T-373 de 2017.

[27] Folio 105 del cuaderno 1.

[28] Decreto Ley 20 de 2014, artículo 35. LISTAS DE ELEGIBLES. “Las listas de elegibles serán conformadas con base en los resultados del concurso o del proceso de selección, en estricto orden de mérito y con los aspirantes que superen las pruebas en los términos indicados en la convocatoria.

La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles y después de adelantarse el estudio de seguridad de que trata el presente decreto-ley.

Una vez los empleos hayan sido provistos en período de prueba, las listas de elegibles resultantes del proceso de selección solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración de alguna de las causales de retiro del servicio para su titular.

Para los anteriores efectos, las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años”.

[29] Acuerdo 0036 del 13 de julio de 2015.