

Sentencia T-159/12

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER REINTEGRO LABORAL DE TRABAJADOR DISCAPACITADO QUE GOCE DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Procedencia excepcional

La terminación de una relación laboral, justificada o no, no es en principio una controversia de relevancia constitucional. Lo que no puede aceptarse, es que la desvinculación del trabajador sea producto de una conducta arbitraria, que estuviere escondiendo un trato discriminatorio hacia el trabajador, ya que en virtud del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, no puede darse un trato similar a una persona en condición de debilidad manifiesta a la que se encuentra en buenas condiciones de salud física y mental

CARRERA ADMINISTRATIVA-Causales de retiro

Las causales de retiro: (i) declaratoria de insubsistencia del nombramiento, a causa de evaluación no satisfactoria en su desempeño laboral, para el caso de un servidor de carrera administrativa; (ii) por la renuncia “regularmente aceptada”; (iii) reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez; (iv) invalidez absoluta; (v) cumplimiento de la edad de retiro forzoso; (vi) destitución del empleado como resultado de un proceso disciplinario; (vii) declaratoria de vacancia por abandono del empleo; (viii) decisión judicial; y (ix) muerte.

CARRERA JUDICIAL-Formas de proveer cargos

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 270/96) reguló la manera de proveer los cargos de la rama judicial de la siguiente manera: (i) en propiedad, para “los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente”; (ii) en provisionalidad, para el caso de vacancia definitiva, “hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes”; y finalmente (iii) en encargo, “cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual,

a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas”.

CARRERA JUDICIAL-Presupuestos que deben cumplirse para autorizar traslado

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD Y CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Diferencias

No deben confundirse los empleos de libre nombramiento y remoción, con los que han sido designados en provisionalidad. Para esta Corte la situación de uno y otro es diferente, debido a que para el primero, existe una estabilidad laboral “precaria”, en cuanto a que la desvinculación depende de la decisión discrecional del nominador, mientras que en el segundo, por tratarse una estabilidad laboral intermedia, es necesario para su retiro una razón que lo justifique, pues si bien no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos, cuentan con una protección respecto de las razones de su desvinculación, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo “sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P)”.

SISTEMA DE CONCURSO PUBLICO PARA PROVEER CARGOS DE DOCENTES OFICIALES

La carrera docente, como régimen legal que garantiza el ejercicio de esa profesión en el sector estatal, está fundada en (i) el respeto de los derechos fundamentales, la dignidad humana y en el deber de solidaridad; (ii) la profesionalidad de los educadores; (iii) la idoneidad, del desarrollo de la gestión y de las aptitudes demostradas por los docentes; (iv) la igualdad en las condiciones de acceso a la función de todas las personas aptas para ello; y (v) el mérito, considerado como un presupuesto principal, respecto al ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el escalafón.

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Goza de estabilidad laboral relativa

Los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, que les garantiza que solo puedan ser desvinculados para que provea el cargo que ocupan una

persona que ha ganado el concurso público de méritos o por quien encontrándose en un cargo de carrera en propiedad cumple con el lleno de los requisitos para obtener un traslado; por lo tanto si la terminación del vínculo laboral tiene como causa lo anterior, no se desconocen derechos de esos servidores.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Orden al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa vincular nuevamente a la accionante de manera provisional en un cargo que se encuentre vacante

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Orden a EPS restablezca la atención integral de salud a la accionante quien padece cáncer y fue despedida por ocupar cargo en provisionalidad

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Fiduciaria la Previsora y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar pensión de invalidez a docente quien tiene una disminución de la capacidad del 96% y fue despedida por ocupar cargo en provisionalidad

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Orden a la Secretaría de Educación vincular a la docente de manera provisional en un cargo que se encuentre vacante

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Orden a EPS restablezca la atención integral de salud a la docente quien padece cáncer y fue despedida por ocupar cargo en provisionalidad

Referencia: expedientes T-3234322, T-3241594 y 3252575, acumulados.

Acciones de tutela instauradas por Alba Fayoly Mesa Granados, contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica (expediente T-3234322); Bertha Beatriz Vega de Ortiz, actuando mediante apoderado, contra la Alcaldía de Santa Marta y la Secretaría de Educación de la misma ciudad (expediente T-3241594); e Isaura Castro Zabala, contra la Secretaría de Educación de Barranquilla (expediente T-3252575).

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de fallos únicos de instancia dictados por los Juzgados Primero Civil del Circuito de Tunja, Décimo Civil Municipal de Santa Marta y Décimo Penal Municipal de Barranquilla, dentro de las acciones de tutela instauradas por Alba Fayoly Mesa Granados, contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica (expediente T-3234322); Bertha Beatriz Vega de Ortiz, mediante apoderado, contra la Alcaldía y la Secretaría de Educación de Santa Marta (expediente T-3241594); e Isaura Castro Zabala, contra la Secretaría de Educación de Barranquilla (expediente T-3252575), acumulados.

Los respectivos expedientes llegaron a la Corte Constitucional por remisión que efectuaron los citados despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política, y 31 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala Décima de Selección de esta corporación, en octubre 20 de 2011, eligió para efectos de su revisión los asuntos de la referencia y dispuso acumularlos entre sí por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia, a lo que en efecto procede esta Sala de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Alba Fayoly Mesa Granados, Bertha Beatriz Vega de Ortiz (mediante apoderado), e Isaura Castro Zabala promovieron acciones de tutela contra el despacho y los entes referidos, aduciendo conculcación a sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la salud, a la

seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital.

A. HECHOS Y RELATOS EFECTUADOS EN LAS DEMANDAS

Expediente T-3234322

1. Alba Fayoly Mesa Granados, de 32 años de edad, indicó que le fue diagnosticado “osteosarcoma, que es un tumor cancerígeno de alta peligrosidad”, por lo que en julio de 2011 fue remitida al Instituto de Cancerología de Bogotá (f. 11 cd. inicial respectivo).

2. Agregó que se encontraba ocupando el cargo de Secretaria en provisionalidad, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica; sin embargo, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, en julio 29 de 2011, emitió concepto favorable al traslado solicitado por el señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez, quien se desempeñaba en el mismo cargo en propiedad, en el Juzgado Primero Penal Municipal de Chiquinquirá.

Mediante Resolución N° 015 de agosto 4 de 2011, la señora Jueza titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica aceptó el traslado y procedió a nombrar en propiedad al señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez, ordenando realizar las comunicaciones respectivas conforme a la Ley 270 de 1996.

3. Señaló que el mismo día de la expedición del referido acto administrativo, le fue practicada “biopsia ordenada por el oncólogo del Instituto Nacional de Cancerología”, otorgándole incapacidad por dos días (f. 12 ib.).

5. Así mismo aseveró que con la decisión del Juzgado accionado se está privilegiando “una solicitud de traslado que no está amparada en ninguna razón extraordinaria, y de una persona que ya tiene su derecho a carrera administrativa”, frente a los derechos a la salud y a la vida (f. 13 ib.).

6. Por lo expuesto, requirió amparo para sus derechos y, por ende, solicitó se ordene al Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica revocar la Resolución N° 015 de 2011 y, en consecuencia, negar el mencionado traslado.

Expediente T-3241594

1. Mediante apoderado, la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz, de 65 años de edad, aseveró que desde febrero 19 de 2003 trabajó en el sector docente para el Distrito de Santa Marta en un cargo en provisionalidad.

2. Mediante Resolución N° 307 de 2011 del Alcalde Distrital, fue desvinculada, certificándosele cinco meses después pérdida de capacidad laboral del 96%, por “sordera derecha, esclerosis de mastoides derecha, ostemastoiditis, hipertensión arterial espondiloartrosis lumbar, protusión L3-L4, sicope y colapso infarto lacular frontal derecho” (f. 2 cd. inicial respectivo).

3. Afirmó que según la Resolución N° 448 de marzo 11 de 2011, emitida por la Alcaldía, era indispensable una orden judicial para su desvinculación, por cuanto existía dictamen médico que certificaba las enfermedades que padece.

4. Refirió que “los docentes mal llamados provisionales han tenido que soportar el desconocimiento frontal de la normatividad que regula la realización y aplicación de los concursos de méritos, de tal suerte que han sido víctimas de una serie de violaciones, sin poder hacer uso siquiera de los recursos procedimentales que establecen nuestros códigos, toda vez que la administración determina en los actos administrativos que profieren que contra ellos no procede recurso alguno” (f. 9 ib.).

5. En consecuencia, argumentando que la desvinculación de la señora Vega de Ortiz se produjo sin la debida autorización del entonces Ministerio de la Protección Social, la parte actora pidió (f. 10 ib.):

“A. Declarar ineficaz el acto administrativo (resolución) N° 307 22 de febrero de 2011, mediante la cual se desvinculó a mi mandante... del cargo de docente que venía desempeñando en el Distrito de Santa Marta...

B. Ordenar el reintegro... al cargo de docente que venía desempeñando en el Distrito de Santa Marta, desde el año 1997, hasta tanto el Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales, reconozca su Pensión por Invalidez.

C. Que se cancelen los Salarios y prestaciones causadas entre la fecha de desvinculación y la

fecha de reintegro...”

Expediente T-3252575

1. Isaura Castro Zabala, de 24 años, indicó que mientras se desempeñaba como docente en la Escuela Normal Superior del Distrito de Barranquilla, le fue diagnosticado cáncer, específicamente (f. 1° cd. inicial respectivo):

“- Linfoma de Hopkins tipo celularidad mixta.

- EC II REGIÓN CERVICAL IZQUIERDO Y MEDIASTINAL.

- ESQUEMA ABVD2CICLO (D15).”

2. Afirmó que una vez conoció los resultados de los exámenes le comunicó su situación al Secretario de Educación de Barranquilla; no obstante, luego de presentarse a trabajar después de una incapacidad, se enteró que había sido declarada insubsistente debido a que su cargo era en provisionalidad.

3. Por lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo, a la salud y a la seguridad social y, en consecuencia, se le ordene a la Secretaría de Educación Distrital la reintegre a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía ocupando.

B. DOCUMENTOS RELEVANTES CUYA COPIA OBRA EN LOS EXPEDIENTES

Expediente T-3234322

1. Historia clínica de Alba Fayoly Mesa Granados, de agosto 1° de 2001, donde se lee (fs. 1 y 2 cd. inicial respectivo): “Tumor maligno de los huesos y de los cartílagos articulares de los miembros...”

2. Orden médica para consulta de control de agosto 4 de 2011 (f. 3 ib.).

4. Petición elevada por la señora Alba Fayoly Mesa Granados a la Jueza Promiscuo Municipal

de Sáchica en agosto 9 de 2011, mediante la cual solicitó revocar la Resolución N° 15 de 2011, atendiendo su estado de salud, y, por ende, se niegue el traslado del señor Pineda Rodríguez (fs. 5 y 7 ib.), y de la respuesta negativa del despacho, en agosto 12 de 2012 (fs. 7 y 8 ib.).

6. Resonancia nuclear de hombro derecho, de julio 22 de 2011, donde consta (f. 9 ib.) “lesión neoplástica originada en la región infraespinosa de la escápula la cual tiene extensa reacción perióstica... extensión de los tejidos blandos formando una masa de aprox, 12 cm de diámetro mayor la cual ejerce efecto compresivo sobre los músculos adyacentes”.

7. Gammagrafía ósea, de julio 19 de 2011, en la que se halló (f. 10 ib.): “Lesión monostótica en escápula derecha consistente con osteosarcoma. Lesiones en reja costal posterior izquierda que deben ser correlacionadas con otros estudios para determinar su naturaleza patológica.”

8. Resolución N° 14 de julio 29 de 2011, mediante la cual la Jueza otorgó permiso a la actora, para una cita “con ortopedia oncológica en el Instituto de Cancerología de Bogotá” (f. 77 ib.).

Expediente T-3241594

1. Dictamen para la calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez, donde consta que Berta Beatriz Vega Rodríguez (nombre de soltera) padece pérdida de capacidad del 96% de origen común, con fecha de estructuración julio 13 de 2011 (fs. 12 y 13 cd. inicial respectivo).

2. Resolución N° 307 de febrero 22 de 2011, mediante la cual se nombró en período de prueba a Mónica Patricia Gutiérrez Puello y se declaró insubsistente el nombramiento provisional de la accionante, con motivo del proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer “los empleos de Docentes Básica Primaria en las instituciones educativas oficiales” de la entidad territorial (fs. 14 y 15 ib.).

3. Resolución N° 0380 de febrero 19 de 2003, por medio de la cual se vinculó en provisionalidad a la demandante, para desempeñar el cargo de docente en el “Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, hasta que se provea el cargo en período de

prueba o en propiedad de acuerdo con los listados de elegibles” resultantes del concurso (fs. 16 y 17 ib.).

Expediente T-3252575

1. Historia clínica de Isaura Castro Zabala, donde consta, entre otras menciones:

(i) Valoración clínica de diciembre 23 de 2010, en la que se determinó la existencia de “masa en cuello supraclavicular”, cuya descripción microscópica corresponde a “Ganglio linfático con remplazo de su arquitectura por lesión linfoproliferativa constituida por población de células linfoides atípicas de núcleos hipercromáticos e irregulares y dispersas figuras mitóticas, dispuestas en patrón difuso alternando con células tipo Hodgkin, células neoplásicas con núcleos poliobulados, células bizarras momificadas, y ocasionales células de Reed Stenberg en fondo fibrilar con infiltrado inflamatorio mixto en el que se destacan numerosos eosinófilos” (f. 25 cd. inicial respectivo).

(ii) Prescripción del especialista en hemato-oncología de la Clínica de Hemato-Oncología Bonnadona Ltda., de enero 18 de 2011, mediante la cual se recomienda iniciar QT con ABVD (f. 9 ib.).

2. Incapacidad expedida por Coomeva EPS a la señora Isaura Castro Zabala, entre marzo 28 y abril 4 de 2011 (f. 32 ib.).

3. Incapacidad otorgada en mayo 2 de 2011 por la referida EPS, donde autoriza licencia a la actora desde abril 28 a mayo 17 de 2011 (f. 32 ib.).

4. Constancia emitida por la Rectora de la Escuela Normal Superior del Distrito de Barranquilla, mediante la cual certificó que la demandante trabajaba en esa institución como docente, desde noviembre 29 de 2010 (f. 34 ib.).

5. Resolución N° 05047 de octubre 27 de 2010, expedida por el Secretario de Educación de Barranquilla, por medio de la cual se vinculó en vacante temporal a la demandante, para que

se desempeñara como docente en la Escuela Normal Superior del Distrito, “mientras dure la situación administrativa del titular del cargo” (fs. 36 y 37 ib.).

6. Acta de posesión N° 00803 de diciembre 19 de 2010, de la Isaura Castro Zabala, firmada por el citado el Secretario de Educación (f. 35 ib.).

7. Informe de ampliación suscrito por la accionante, en junio 17 de 2011, donde aseguró que en dos oportunidades acudió a la Secretaría de Educación Distrital, con el fin de aclarar su situación, sin que le fuera entregada la resolución que la declaró insubsistente (fs. 41 y 42 ib.).

C. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VINCULADAS

Expediente T-3234322

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, mediante auto de agosto 22 de 2011, admitió la tutela y ordenó la vinculación del señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez y de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, al considerar que podrían resultar afectados por lo resuelto en la instancia.

Así mismo, ordenó oficiar al despacho accionado para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda (fs. 23 a 25 cd. inicial respectivo).

Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja

La Presidenta de la referida Sala, mediante escrito de agosto 24 de 2011, aseveró (f. 35 ib.): “no le sería dado a la Sala Administrativa de los Consejos Seccionales (sic) de la Judicatura emitir un concepto favorable diferente cuando los interesados cumplen, como en el caso que nos ocupa, los requisitos para que le sea concedido concepto favorable, esta actuación no puede depender de ninguna manera del estado de salud o cualquiera otra circunstancia que afecte al servidor que se encuentre vinculado en provisionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, consagra en su artículo 152 que el traslado es un derecho que tiene todo funcionario de la Rama Judicial.”

Indicó que conforme a la Resolución N° CSJBR11-127 de mayo 27 de 2011, fueron publicados los “formatos de Opción de Sede del 1° al 08 de junio de 2011”, siendo recibida la solicitud de traslado del señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez, dentro del tiempo correspondiente, para aspirar al cargo de Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Sábica (f. 35 ib.).

Finalizó requiriendo declarar improcedente la acción de tutela en el caso bajo estudio, atendiendo a que “no se ha violado ni amenazado derecho fundamental alguno, en especial los enunciados por la tutelante, por cuanto la actividad desplegada tanto por esta Sala Seccional, como por el nominador, está orientada precisamente a reconocer los derechos que tienen los empleados de carrera judicial en virtud de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En manera alguna pueden estas actuaciones vulnerar derechos a la estabilidad que no están expresamente reconocidos en las normas” (f. 36 ib.).

Además de dicho escrito, fue anexado el oficio CSJBPSA11-942 de junio 17 de 2011, mediante el cual le comunicó a la “Jueza Primera del Juzgado Promiscuo Municipal de Sábica” el concepto favorable al traslado solicitado por Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez (fs. 37 a 39 ib.).

Juzgado Promiscuo Municipal de Sábica

En escrito de agosto 25 de 2011 la jueza de ese despacho refirió que, por medio de Resolución N° 015 de agosto 4 de 2011, aceptó el traslado del señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez al cargo de Secretario en propiedad de ese juzgado, pues no existe “fundamento legal o Constitucional que establezca que los empleados en provisionalidad tengan prelación sobre los empleados de carrera ya que estos últimos tienen un derecho adquirido” (f. 44 ib.).

Frente al estado de salud de Alba Fayoly Mesa Granados, sostuvo que si bien ella ha solicitado algunos “permisos para citas y práctica de exámenes médicos no menos cierto es que hasta el día 4 de agosto del año en curso, fecha en que se tomó la decisión de realizar el mencionado nombramiento no tenía conocimiento de la existencia de un examen que diagnosticara médica y científicamente la enfermedad a la cual hace referencia...” (f. 45 ib.).

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Santa Marta, por medio de auto de agosto 11 de 2011, admitió la demanda ordenando notificar de la misma a los accionados y la vinculación de la señora Mónica Patricia Gutiérrez Puello, al estimar que ella puede resultar afectada con la decisión que se tome.

La requerida señora Mónica Patricia Gutiérrez Puello informó, en agosto 16 de 2011, que al participar en el concurso abierto de méritos y al obtener el puesto 101 de 243, conforme a la lista de elegibles, cumple “todos los requisitos necesarios estipulados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Secretaría de Educación Distrital de Santa Marta para ocupar el cargo de docente básica primaria” (fs. 28 a 30 cd. inicial respectivo).

Al escrito fueron anexados algunos documentos donde consta el concurso, el nombramiento y la posesión en el cargo de docente de básica primaria en la Institución Distrital Camilo Torres, que ocupaba la demandante.

El Secretario de Educación Distrital, en agosto 17 de 2011, refirió (f. 94 ib.): “Los actos administrativos se presumen válidos y no es competencia del juez especial constitucional de tutela decretar o dejar sin efectos estos, ello es competencia de los jueces administrativos mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según sea el caso conforme a la teoría de los móviles y finalidades de la acción, por lo cual acceder a lo solicitado por parte de la accionante sería un error, más aun cuando se estaría truncando la voluntad administrativa y la aplicación de la ley y se obraría en contravía de lo estipulado por el decreto 2591 de 1991 y el artículo 86 de la Constitución en cuanto a la subsidiariedad y residualidad de la acción.”

Aseveró que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado e idóneo para solicitar “los emolumentos dejados de percibir en la medida en que se denota un misterioso y tenebroso periodo de tiempo que comprende más de cinco meses desde que ocurrieron los hechos hasta la presente solicitud, lo que implica que se pretenden sumas de dinero y entre más tiempo pase más dinero se acumula” (f. 96 ib.).

Afirmó que, ante la inexistencia de un perjuicio irremediable y en observancia del principio de subsidiariedad, no procede la acción de tutela “pues al haber cualquier situación anómala bien podría ser llevada a su estado anterior y por tal no aplica de manera transitoria la tutela. Observamos también la carencia del derecho reclamado por ausencia de titularidad del

mismo, pues no lo ha adquirido y mucho menos demostrado, no aun de manera sumaria. Pero no siendo poco ello no hay derechos fundamentales violados..." (f. 97 ib.).

Igualmente, indicó que si bien la Ley 790 de diciembre 27 de 2002 en su artículo 12 contempla una estabilidad especial a favor de las madres cabeza de familia, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, entre otros, "no es menos cierto que dicha ley no cobija el sector de la docencia pública pues éste es regulado por una norma de carácter especial que se prefiere a la general" (f. 97 ib.); por lo que su condición de madre cabeza de familia "no la excluye de ser desvinculada o de haber participado en el concurso de méritos que para el efecto es necesario".

Aseveró que la Ley 361 de febrero 7 de 1997 no es aplicable, "toda vez que es claro que la desvinculación de la docente no se debe a su supuesta incapacidad sino a que su condición resolutoria contenida en el acto administrativo se ha cumplido, es decir, ha llegado un docente en propiedad o periodo de prueba que da por terminado el encargo a que tenía derecho la actora y para que aplique la norma que cita el abogado demandante debe tener como motivación de la desvinculación la incapacidad, y no es el caso" (f. 97 ib.).

Frente a la Resolución N° 448 de 2011 alegada por el apoderado de la accionante, mediante la cual fueron exceptuados algunos docentes en la desvinculación, manifestó (f. 98 ib.): "sus enfermedades eran tales que si el Distrito los dejaba sin trabajo su desprotección sería tal que no habría forma de que su subsistencia inmediata fuere viable, en consideración a ello y en relación con el artículo 13 de la Constitución se entró a proteger a estos trabajadores, sin embargo, la situación de ésta docente es anterior a la expedición de esta resolución siendo que ésta se realizó con ocasión a desvinculaciones posteriores y no a la oportunidad en que se desvinculó la docente, además la situación de los demás que se quedaron por fuera de dicho acto administrativo es muy diferente, toda vez que se pusieron en conocimiento a la administración de su padecimiento después de haber expedido dicho acto y de haber sido desvinculados como no ocurrió con los que fueron cobijados por el mencionado acto."

Aseguró que aunque no sea procedente amparar los derechos a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, sí se "garantizará su derecho a la salud ya no por este ente territorial como servidora pública, pues ya no pertenece a la docencia pública, pero se le garantizará... por diferentes entes del Estado que corresponda, en la medida de sus

necesidades” (f. 98 ib.).

Por lo anterior, invocando el principio de subsidiariedad, requirió declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Alcaldía Distrital de Santa Marta.

El apoderado de ese ente territorial, en escrito de agosto 18 de 2011, afirmó que se están ejecutando medidas encaminadas a “normalizar la situación de los decentes del Distrito de Santa Marta ya que quienes no presentaron el concursos de méritos no pueden sencillamente ocupar cargos en propiedad..., ya que no pueden pretender lograr la propiedad de un cargo público a través de la prescripción únicamente alegando que se ha permanecido en esa función por un determinado tiempo, existen normas superiores como el artículo 125 de la Constitución Política donde claramente se expresa la obligación del concurso para obtener la propiedad del cargo...” (f. 100 ib.).

Adujo que no deben prosperar las pretensiones de la actora dado que “no existe un fuero de estabilidad sobre los docentes en cuanto a la adscripción de funciones, o en este caso nombramientos provisionales, más cuando no cumplió con la obligación legal de presentar y pasar el concurso de méritos y no hacerlo da como resultado que no puedan permanecer en cargos a los cuales no tienen derecho a permanecer...” (f. 101 ib.).

Igualmente, aseveró que la peticionaria tenía conocimiento de que su nombramiento estaba sujeto a concurso de méritos, no obstante, la actora se abstuvo de participar y “por lo tanto no tiene ningún derecho a permanecer en ese cargo, alegando derechos que realmente no le corresponden, y de los cuales sí tiene derecho el o la docente a quien se nombró en periodo de prueba por haber participado y aprobado el concurso de mérito” (f. 101 ib.).

Indicó que los actos de nombramiento de los docentes en provisionalidad se realizan mediante un “acto condición”, por lo que “la causal de retiro de tales funcionarios está dada con el nombramiento mismo, o sea, que una vez nombrados están sujetos a que se cumpla la condición (similar a las obligaciones condicionales), luego de cumplida ésta se da por terminada la relación, mediante un acto administrativo que no se notifica, sino que se comunica, y por ende en este trámite no hay debido proceso, por no ser una actuación administrativa, es un simple trámite” (f. 105 ib.).

En ese sentido, refirió que el motivo de la declaratoria de insubsistencia de la señora Vega de Ortiz fue el nombramiento en período de prueba de quien “sí cumplió a cabalidad los requisitos que contemplan las normas sobre carrera docente”; así, la necesidad de motivar el acto que desvinculó a la actora cesó cuando la persona llamada a ocupar el cargo fue nombrada (f. 105 ib.).

Señaló que aunque la peticionaria fue separada de su cargo como docente, no “perderá su derecho a ganarse la vida, a desarrollar una actividad económica o a desempeñarse como docente en instituciones educativas privadas o hasta clases particulares...”, por lo cual descartó la vulneración de los derechos al mínimo vital y al trabajo (f. 106 ib.).

En consecuencia, pidió se declare improcedente la acción de tutela, por la ausencia de conculcación de derechos y por la posibilidad que tiene la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir lo aquí planteado.

Presidente de la Comisión de Personal del Distrito de Santa Marta.

El mencionado funcionario, en agosto 19 de 2011, afirmó que esa Comisión no participa en las “decisiones administrativas sobre los movimientos de personal, lo que resulta natural, pues es el nominador o el jefe de la entidad respectiva, o a quien éste le delegue dicha función, el responsable de administrar y dirigir la planta de personal y los servidores públicos vinculados a ésta, por ello lo pedido por la actora debería ser resuelto por la Secretaría de Educación, oficina encargada de la administración de la planta de personal...” (f. 114 ib.).

Apoderado de la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz.

Refirió que el Distrito, mediante el Decreto 448 de 2011, protegió “aquellos funcionarios en provisionalidad que se encuentran en debilidad manifiesta por presentar enfermedades terminales o catastróficas” (f. 116 ib.).

Finalmente, además de dicho escrito, anexó un artículo del Diario del Magdalena, con fecha de agosto 19 de 2011, donde se lee (f. 118 ib.):

“Dentro de 90 días la Administración Distrital entregará las actas de posesión en los cargos a los docentes nombrados en período de prueba luego de ganar el Concurso Público de Méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Así lo determinó la Administración a través de la

Resolución 1578 del 18 de julio de 2011, para no incurrir en una flagrante violación a los derechos fundamentales de los maestros que se encuentran incapacitados y no han sido notificados de su declaratoria de insubsistencia...”

Expediente T-3252575.

Mediante auto de agosto 18 de 2011, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla admitió la acción de tutela y ofició a la Secretaría de Educación de la misma ciudad, para que remitiera la información pertinente “en relación con los hechos a que hace referencia la accionante” (f. 84 cd. inicial respectivo).

Igualmente, ordenó vincular a la señora Doris García Pérez al poder resultar afectada con lo que se resuelva en la presente acción de tutela; sin embargo, dejó constancia de la imposibilidad de notificarle la admisión de la misma, toda vez que, al parecer, “la docente en mención ya no laboraba” en la Escuela Normal Superior del Distrito de Barranquilla, conforme a lo manifestado bajo juramento por el citador de ese despacho judicial (f. 129 ib.).

Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla.

En respuesta de junio 29 de 2011, el apoderado de esa dependencia informó que Isaura Castro Zabala “fue desvinculada de la planta docente del distrito de Barranquilla mediante Resolución N° 02488 de mayo 5 de 2011, habida cuenta que... Doris García Pérez titular del cargo, una vez superado el período de prueba, fue nombrada en propiedad como Directivo Docente Coordinadora” (f. 48 ib.); lo anterior, en consideración a que la señora Doris García Pérez “superó todas las etapas del Concurso de mérito convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, forma parte de la lista de elegibles y realizó la escogencia de la plaza en audiencia pública” (f. 49 ib.).

Así, afirmó no haber conculcado los derechos invocados por la actora, como quiera que “las actuaciones de la Secretaría de Educación fueron realizadas” de acuerdo con las normas que rigen la provisión de esos cargos, es decir, “artículo 125 de la Constitución Política que reglamenta el acceso a los cargos de carrera y ascenso de los mismo, Ley 115 de 1994, Ley 904 de 2004, Decreto Ley 1278 de 2002 y Decreto Reglamentario 3982 de 2006” (f. 49 ib.).

Frente a la comunicación de la Resolución mediante la cual se dio por terminado el

nombramiento en provisionalidad, aseveró que la Oficina de Gestión Administrativa, en mayo 17 de 2011, envió la respectiva notificación.

Por lo anterior, aduciendo que la demandante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y en ausencia de un perjuicio irremediable, requirió declarar improcedente la acción de tutela.

D. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN.

Expediente T-3234322. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, en septiembre 2 de 2011, negó el amparo por improcedente al estimar que tanto la solicitud de reintegro como la de revocatoria de la Resolución N° 015 de 2011 no es posible “por esta vía, en razón a que existe otro medio de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pudiendo incluso pedirse la suspensión de dicho acto administrativo, razón por la cual el Juez de tutela no puede usurpar, invadir o vaciar las competencias propias de la autoridad competente, a menos que se encuentre plenamente demostrada la presencia de un perjuicio irremediable” (f. 54 cd. inicial respectivo).

Igualmente, aseveró que observando la jurisprudencia constitucional, para que proceda la acción de tutela en el caso bajo estudio no basta “demostrar la condición de trabajador discapacitado o en condiciones de salud limitadas, que merezca la especial protección constitucional. Además de ello, debe establecerse ‘una relación de causalidad entre las condiciones de salud del trabajador y su desvinculación de forma tal que puede extraerse la existencia de un trato discriminatorio’” (f. 53 ib.).

Refirió que “la terminación de la relación laboral administrativa obedece a la propia naturaleza temporal del nombramiento que tenía (en provisionalidad) conjugada con una causal legal de terminación del vínculo (la provisión del cargo en propiedad mediante traslado)...” y no a circunstancias discriminatorias, como alega la peticionaria (f. 56 ib.).

Así, descartó que hubiere daño irremediable, dado que “el sistema de seguridad social contempla previsiones sobre periodos de extensión de la cobertura del subsistema de salud unas semanas después de la terminación del vínculo laboral, además de la posibilidad de

continuar la afiliación al sistema como independiente y en circunstancias de mayor precariedad, a través del régimen subsidiado en salud, posibilidades todas éstas que descartan que la accionante pueda quedar totalmente desamparada en su tratamiento médico” (f. 58 ib.).

Expediente T-3241594. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Décimo Civil de Santa Marta, mediante providencia de agosto 25 de 2011, declaró improcedente la acción de tutela al estimar que, la controversia planteada por la demandante es un asunto “netamente laboral” (f. 123 cd. inicial respectivo).

Indicó que el motivo de la desvinculación de la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz “no se origina en su enfermedad y mucho menos en su incapacidad..., obedeció a que la señora Mónica Patricia Gutiérrez Puello concursó para proveer los cargos de docentes del Distrito de Santa Marta, superando todas las etapas del mismo y por ello ganó el derecho a ser nombrada y a ocupar el cargo que la accionante venía ocupando en forma provisional y la accionante Señora Berta Vega de Ortiz no acudió al llamado concurso hecho por la Comisión Nacional del Servicio Civil...” (f. 124 ib.).

Frente al tema del retén social, aseveró que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en marzo 7 de 2011 envió comunicación al Secretario de Educación Distrital afirmando que la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 790 de 2002, “para las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas próximas a pensionarse y las personas con limitaciones mentales, físicas, visuales y auditivas están supeditadas a los eventos en los cuales la entidad se encuentre en proceso de reestructuración administrativa... por lo tanto ni el Decreto 3905 del 2009 ni la Ley 790 de 2002 afectan la provisión de empleos de docentes y directivos docentes que han sido convocados mediante concurso de méritos por parte de la CNSC los cuales deben ser provistos mediante el uso de la lista de elegibles” (f. 124 ib.).

Finalmente, refirió la necesidad de adoptar medidas que permitan “el ingreso y el desarrollo de la carrera docente y directiva de los elegibles que obtuvieron sus cargos por méritos”; por ello, el acceso únicamente se permite conforme al mérito y a “la lista de elegibles todo... en razón a que la antigüedad no es la que garantiza la estabilidad en estos cargos sino... la superación del concurso” (f. 124 ib.).

Expediente T-3252575. Sentencia única de instancia.

El Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla, mediante fallo de agosto 31 de 2011, negó por improcedente el amparo al considerar que, en ausencia de un perjuicio irremediable, la accionante cuenta con “otros medios, mecanismos o recursos de defensa administrativos, que tienen carácter de principales para reclamar la protección, restablecimiento y reparación de los derechos que considera conculcados” (f. 133 cd. inicial respectivo).

Estimó que no hay claridad sobre el derecho que se está vulnerando ni del trato discriminatorio supuestamente proporcionado, puesto que la “desvinculación de la Sra. Isaura Castro Zabala obedeció al nombramiento en propiedad de la titular del cargo de docente Doris García Pérez, quien superó todas las etapas del concurso de méritos” (f. 133 ib.).

En cuanto al derecho a la salud y la seguridad social, expresó que “teniendo en cuenta que para que un afiliado, cuyo vínculo laboral haya finalizado y no tenga otro vínculo que le permita seguir cotizando al régimen contributivo, ya sea en calidad de cotizante o beneficiario, es primordial que se demuestre que el tratamiento que venía adelantando con anterioridad a la desvinculación laboral y que, igualmente, éste sea requerido para sanar sus padecimientos y que, de no seguirlo, se verían afectados sus derechos fundamentales a la vida o a la integridad personal. Situación que no le atañe a este juez constitucional referirse...” (f. 138 ib.).

En consecuencia, al no encontrar satisfecho el principio de subsidiariedad, negó por improcedente el amparo requerido.

E. ACTUACIÓN CUMPLIDA EN SEDE DE REVISIÓN.

Mediante auto de febrero 14 de 2012, la Corte Constitucional consideró pertinente surtir las siguientes actuaciones:

“Primero: Dentro del proceso T-3234322, VINCULAR a SaludCoop EPS para que, por conducto de su respectivo representante legal o quien haga sus veces, en el término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, informe el estado de

afiliación de la señora Alba Fayoly Mesa Granados y el tratamiento al que se encuentra sometida, debido al 'tumor maligno de los huesos y de los cartílagos articulares de los miembros', diagnosticado en agosto 1° de 2011 (f. 1 cd. inicial respectivo), para lo cual se le facilitará copia del expediente, todo por conducto de la Secretaría General de esta corporación.

Segundo: Dentro del proceso T-3241594, VINCULAR a la Oficina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Departamento del Magdalena y a Fiduprevisora S. A. para que, por conducto de sus respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, en el término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la respectiva comunicación, informen a este despacho los dos aspectos que a continuación se indican, para lo cual se le facilitará copia del expediente, todo por conducto de la Secretaría General de esta corporación:

a) Si la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz ha solicitado el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que padece una pérdida de capacidad laboral del 96% y que se desempeñó en el cargo de docente en provisionalidad para el Distrito de Santa Marta, entre febrero 19 de 2003 y febrero 22 de 2011; en caso tal, indicar la respuesta dada a la solicitud y, de haber sido negativa a las pretensiones de la accionante, exponer las razones y demás actuaciones relacionadas con el asunto, adjuntando copia de la documentación conducente a sustentar lo señalado.

b) Rendir un informe detallado, de acuerdo a sus competencias, del número de semanas cotizadas a Pensiones por la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz y el régimen aplicable a la misma.

Tercero: Dentro del proceso número T-3252575:

3.1. VINCULAR a Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, para que, en el término de dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, informe el estado de afiliación de la señora Isaura Castro Zabala y el tratamiento al que se encuentra sometida debido al cáncer que le fue diagnosticado en enero 18 de 2011 (f. 9 cd. inicial respectivo), para lo cual se le facilitará copia del expediente, todo por conducto de la Secretaría General de esta corporación.

3.2. ORDENAR a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla allegar copia de la

Resolución N° 02488 de mayo 5 de 2011, mediante la cual fue desvinculada la peticionaria del cargo de docente que se encontraba desempeñando en provisionalidad.”

No obstante dicho requerimiento, las entidades referidas no emitieron pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar las actuaciones referidas, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el despacho y las entidades demandadas han vulnerado los derechos a la vida, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital de las accionantes, al proferir actos administrativos desvinculándolas de los cargos que se encontraban desempeñando en provisionalidad, a pesar del lamentable estado de salud en el que se encuentran, una de ellas incluso con una pérdida del 96% de su capacidad laboral.

Tercera. Improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro laboral, excepto en los casos de los trabajadores que gozan de una estabilidad laboral reforzada. Reiteración de jurisprudencia.

En reiterada jurisprudencia esta corporación ha establecido que la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo judicial idóneo para resolver una controversia donde se pretende el reintegro laboral, puesto que el legislador, dependiendo del tipo de vinculación del interesado, ha previsto las vías adecuadas para ello, bien sea en la jurisdicción ordinaria laboral o en lo contencioso administrativo.

Así, aún cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, con motivo de alguna discapacidad, que gozan de relevancia constitucional, la vía adecuada, en principio, es la ordinaria, como quiera que ha sido diseñada para tal fin y se ha provisto al

juez de conocimiento de herramientas y procedimientos efectivos para tramitar, conocer y decidir el asunto; sin embargo, en estos casos la procedencia de la acción de tutela para resolver un reintegro laboral está supeditada a (i) que resulte irrazonable o desproporcionado someter a la persona que se encuentra en circunstancias excepcionales, al tiempo que tarda la adopción de la decisión en un proceso ordinario judicial y cuando (ii) la intervención del juez de tutela sea indispensable para evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹.

En ese sentido, esta Corte en sentencia T-125 de febrero 24 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, expresó:

“Esta Corporación² ha señalado en su reiterada jurisprudencia que, en principio, la acción de tutela no es el instrumento procesal idóneo para solicitar de una autoridad judicial la orden de reintegro a determinado empleo, pues el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores acciones judiciales específicas cuya competencia ha sido atribuida a la jurisdicción laboral y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Corte ha indicado con precisión³, que esta regla general, la cual se sigue del principio de subsidiariedad que condiciona la procedibilidad de la acción de tutela, debe ser matizada en aquellos eventos en los que el solicitante se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y, adicionalmente, en los supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico confiera al sujeto estabilidad laboral reforzada.

Se arribó a esta conclusión debido a que, si bien no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o un término mínimo de permanencia en él, gracias a la acentuada protección que el texto constitucional ofrece a algunos sujetos en atención a las circunstancias particulares en que se encuentran, las cuales dificultan el pleno goce de los derechos fundamentales, se impone el reconocimiento del ‘derecho a una estabilidad laboral reforzada’. Es éste el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados y las personas con limitaciones, entre otros, cuyo despido debe ser previamente autorizado por la oficina del trabajo o el juez. En este caso, por ser sujetos de especial protección, como ya ha sido señalado, la Corte considera procedente su solicitud de reintegro en sede de tutela.

Ahora bien, como ya fue indicado, la acción de tutela resulta procedente en un evento adicional, en el cual el sujeto que solicita el amparo de sus derechos fundamentales se

encuentra en una situación de debilidad manifiesta cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición de tutela como mecanismo transitorio hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas.”

Conforme a lo expuesto, debe indicarse que cuando uno de los extremos de la relación laboral es un sujeto de especial protección constitucional, como en el caso de los discapacitados, o quienes padezcan limitaciones físicas o mentales, sin que sea necesaria la calificación previa de su limitación ni que la misma sea temporal o permanente, por pertenecer a un grupo social particularmente vulnerable, “la estabilidad laboral adquiere la connotación de derecho constitucional fundamental⁴, debido a diversas razones de índole constitucional, como: ‘(i) la existencia de mandatos de protección especial vinculantes para todos los actores sociales y el Estado⁵, (ii) el principio de solidaridad social, y de eficacia de los derechos fundamentales⁶, y (iii) el principio y derecho a la igualdad material, que comporta la adopción de medidas afirmativas⁷ en favor de grupos desfavorecidos, o de personas en condición de debilidad manifiesta (art. 13, incisos 2º a 4º) ⁸, han llevado a la Corte a considerar que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria⁹, y un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo¹⁰’¹¹” (no está en negrilla en el texto original).

Puede indicarse entonces que el principio de subsidiariedad, que condiciona la procedencia de la acción de tutela, debe ser matizado en aquellas situaciones donde el peticionario se encuentra en algunas de las circunstancias ya mencionadas y, adicionalmente, en los supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere a la persona una estabilidad laboral reforzada¹².

Así, pueden identificarse dos grados de protección a la estabilidad en el empleo, siendo el reintegro laboral la garantía más alta posible, dado que tiene como finalidad retornar las cosas al estado en que se encontraba el empleado antes de la vulneración a sus derechos.

En consecuencia, la estabilidad laboral reforzada, instituida para el caso de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, ha sido ampliada por la jurisprudencia, por el Legislador y por instrumentos jurídicos internacionales; por lo cual, en observancia a los artículos 1º, 13, 47 y 95 num. 2º de la Constitución Política, la

protección de esos derechos, en algunas circunstancias, deben prevalecer sobre los intereses de los empleadores.

En un segundo grado de protección a la estabilidad laboral se encuentra la medida resarcitoria, que consiste en el pago de una suma de dinero, con el objeto de reparar el daño causado cuando se frustra la expectativa al trabajador de permanecer en el empleo y que, junto a las respectivas prestaciones sociales, le otorgan cierta tranquilidad económica durante el tiempo que se encuentra cesante¹³.

En ese sentido, frente a la desvinculación de servidores públicos que se encuentran desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, esta Corte ha indicado que está condicionada a la observancia del principio de legalidad y al respeto del debido proceso, en la medida en que solo puede ponerse fin unilateralmente al vínculo laboral con base en las causales legalmente contempladas para el efecto, toda vez que resulta indispensable que el funcionario conozca los motivos de su desvinculación para que pueda ejercer los recursos y mecanismos que tenga a su disposición.

Por lo expuesto, la terminación de una relación laboral, justificada o no, no es en principio una controversia de relevancia constitucional. Lo que no puede aceptarse, es que la desvinculación del trabajador sea producto de una conducta arbitraria, que estuviere escondiendo un trato discriminatorio hacia el trabajador, ya que en virtud del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, no puede darse un trato similar a una persona en condición de debilidad manifiesta a la que se encuentra en buenas condiciones de salud física y mental¹⁴.

Cuarta. El ingreso y retiro de servidores de carrera y su protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 125 de la Constitución Política contempla los presupuestos básicos constitucionales que rigen la carrera administrativa, estableciendo que los empleos en los órganos y entidades del Estado, por regla general, se regirán por dicho sistema, excepto los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley, los cuales poseen unas reglas de ingreso, permanencia y retiro diferente.

A su turno, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho, el mismo precepto, para la provisión de los cargos de carrera, estatuye la necesidad de cumplir los requisitos que exija la ley con el objetivo de establecer los méritos, la capacidad, la idoneidad y las calidades de los aspirantes a los respectivos cargos. Igualmente, el retiro será “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004, que reguló el empleo público y la gerencia pública, entre otros asuntos, se definió la carrera administrativa como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”¹⁵.

Así, bajo esa temática la citada Ley amplió las causales constitucionales de retiro, a saber: (i) declaratoria de insubsistencia del nombramiento, a causa de evaluación no satisfactoria en su desempeño laboral, para el caso de un servidor de carrera administrativa; (ii) por la renuncia “regularmente aceptada”; (iii) reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez; (iv) invalidez absoluta; (v) cumplimiento de la edad de retiro forzoso; (vi) destitución del empleado como resultado de un proceso disciplinario; (vii) declaratoria de vacancia por abandono del empleo; (viii) decisión judicial; y (ix) muerte¹⁶.

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 270/96) reguló la manera de proveer los cargos de la rama judicial de la siguiente manera: (i) en propiedad, para “los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente”; (ii) en provisionalidad¹⁷, para el caso de vacancia definitiva, “hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes”; y finalmente (iii) en encargo, “cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este

término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas”18.

“1. Cuando el interesado lo solicite por razones de salud o seguridad debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo o por estas mismas razones se encuentre afectado o afectada su cónyuge, compañera o compañero permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el funcionario y medie su consentimiento expreso.

2. Cuando lo soliciten por escrito en forma recíproca funcionarios o empleados de diferentes sedes territoriales, en cuyo caso sólo procederá previa autorización de la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura.

Cuando el traslado deba hacerse entre cargos cuya nominación corresponda a distintas autoridades, sólo podrá llevarse a cabo previo acuerdo entre éstas.

3. Cuando lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva, evento en el cual deberá resolverse la petición antes de abrir la sede territorial para la escogencia de los concursantes.

4. Cuando el interesado lo solicite y la petición esté soportada en un hecho que por razones del servicio la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura califique como aceptable.”

La Corte Constitucional en sentencia C-295 de abril 23 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, resolvió la constitucionalidad del mencionado artículo 134 de la Ley 270 de 2006, al estimar:

“- La ley estatutaria de administración de justicia dispone en el artículo 132 que la provisión de cargos en la rama judicial se podrá hacer en propiedad para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo 13420.

Es decir que la ley estatutaria ya contemplaba como una de las hipótesis para la provisión de cargos en propiedad, incluidos los cargos de carrera, la figura del traslado regulada en

el artículo 134 de la ley 270 de 1996.

- La disposición que se analiza no implica el desconocimiento de los derechos a acceder a la carrera judicial de quienes participan en los concursos de méritos y hacen parte del respectivo registro de elegibles, por cuanto la figura del traslado de un funcionario de carrera introducida en el numeral 3 analizado, no implica la desaparición de la vacante en términos absolutos.

Al respecto es preciso aclarar que el traslado al que se está haciendo alusión es aquel que procede ante la verificación de una vacante definitiva y no a los traslados recíprocos cuyos requisitos son diferentes, precisión a la que se hace referencia para resaltar que en la hipótesis bajo estudio la provisión del cargo con el simple traslado de un funcionario de la rama judicial no elimina la vacante sino que la hace subsistir en la plaza dejada por el funcionario que obtiene dicho traslado.”

En esa ocasión se concluyó que, en observancia de los principios que rigen el sistema de carrera judicial, como son la profesionalidad de sus funcionarios, la eficiencia en su gestión, la garantía del acceso en igualdad de oportunidades y el mérito, el traslado como forma de proveer los empleos públicos es una manera de copar cargos en propiedad, como los que se hallen en vacancia definitiva, siempre y cuando se cumplan los presupuestos anteriormente enunciados²¹.

Finalmente, resulta relevante aclarar que no deben confundirse los empleos de libre nombramiento y remoción, con los que han sido designados en provisionalidad. Para esta Corte la situación de uno y otro es diferente, debido a que para el primero, existe una estabilidad laboral “precaria”, en cuanto a que la desvinculación depende de la decisión discrecional del nominador, mientras que en el segundo, por tratarse una estabilidad laboral intermedia²², es necesario para su retiro una razón que lo justifique²³, pues si bien no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos, cuentan con una protección respecto de las razones de su desvinculación, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo “sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de

carrera (Art. 125 C.P)".²⁴

Quinta. El sistema de concurso público para proveer los cargos de docentes oficiales.

El Decreto 1278 de junio 20 de 2002, mediante el cual se expidió el Estatuto de Profesionalización del Docente, fijó que el ingreso al servicio educativo estatal se realizará por concurso, con el fin de evaluar de manera eficiente "aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente"²⁵, para garantizar que "la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes"²⁶.

La carrera docente, como régimen legal que garantiza el ejercicio de esa profesión en el sector estatal, está fundada en (i) el respeto de los derechos fundamentales, la dignidad humana y en el deber de solidaridad; (ii) la profesionalidad de los educadores; (iii) la idoneidad, del desarrollo de la gestión y de las aptitudes demostradas por los docentes; (iv) la igualdad en las condiciones de acceso a la función de todas las personas aptas para ello; y (v) el mérito, considerado como un presupuesto principal, respecto al ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el escalafón²⁷.

De lo anterior deriva que el Estatuto de Profesionalización Docente asegura que los profesionales llamados a ocupar las plazas que se generan sean personas que acrediten las más altas calidades para desempeñar esos cargos, propósito que aunque "se predica en términos generales a la provisión de cargos de toda la Administración, adquiere especial importancia en el caso de la docencia, en tanto que representa una actividad que tiene directa influencia en la formación de ciudadanos, razón suficiente para optimizar y fortalecer el propósito consistente en la profesionalización de la comunidad educativa"²⁸.

Frente al nombramiento provisional de docentes, el artículo 13 del referido Estatuto estableció (no está en negrilla en el texto original):

“Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos:

a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

PARÁGRAFO. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.”

Entonces, cabe señalar que los nombramientos en provisionalidad se caracterizan porque se generan con un límite de tiempo, dado que la desvinculación puede realizarse porque se superó la situación administrativa del titular o porque se nombró en período de prueba o en propiedad al profesional que se encuentra en la lista de elegibles, como consecuencia del respectivo concurso de méritos.

Acerca de la importancia del carácter temporal de los cargos en provisionalidad, esta Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades aseverando que su finalidad es impedir que esos nombramientos se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en una institución

permanente. Al respecto, el precitado fallo T- 498 de 2011 indicó que “de acuerdo con el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, el nombramiento provisional no puede perder su atributo de temporalidad convirtiéndose en permanente, porque se estaría violando precisamente dicho precepto, así como el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones”.

En resumen, los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, que les garantiza que solo puedan ser desvinculados para que provea el cargo que ocupan una persona que ha ganado el concurso público de méritos o, como se explicó, por quien encontrándose en un cargo de carrera en propiedad cumple con el lleno de los requisitos para obtener un traslado; por lo tanto si la terminación del vínculo laboral tiene como causa lo anterior, no se desconocen derechos de esos servidores.

Sexta. Análisis de los casos concretos.

Disponiendo de los elementos constitucionales, jurisprudenciales y fácticos a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, la Corte debe analizar si la actuación de los entes demandados en los asuntos de la referencia, devino en violación de los derechos a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital.

6.1. Procedencia de las acciones.

Se realizará el estudio de la procedencia de las acciones de tutela, como quiera que fueron incoadas teniendo a su disposición otro mecanismo de defensa judicial, por orientarse contra actos administrativos de carácter particular y concreto que declararon insubsistentes a tres personas que se encontraban desempeñando cargos en provisionalidad y con un estado de salud precario, incluso, una de ellas con una pérdida del 96% de su capacidad laboral.

El artículo 86 superior estatuye la procedencia de la acción de tutela únicamente para cuando la persona que alega la vulneración de derechos fundamentales no cuenta con otra vía judicial para la protección de los mismos, salvo si se invoca como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Igualmente, entre las causales de improcedencia de esta acción, contempladas en el numeral

1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, está la existencia de otros medios de defensa judicial, indicándose que dicho presupuesto deberá estudiarse conforme a las circunstancias específicas de cada peticionario²⁹.

Como se aseveró, al pretenderse en los asuntos bajo análisis controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto, cabe reiterar lo indicado por esta corporación en la sentencia T-948 de diciembre 16 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo:

“Sin embargo, tanto en el caso de la acción de tutela contra actos administrativos, como en lo que respecta a solicitudes de reliquidación pensional, la regla general descrita también ha implicado excepciones que han autorizado la pertinencia de esta acción como mecanismo transitorio o principal según la situación, en especial frente a actuaciones administrativas que han involucrado para las personas afectadas, un perjuicio irremediable concreto. Ello ha ocurrido particularmente en aquellas oportunidades en las que la acción de tutela ha sido el medio oportuno de protección para evitar el perjuicio irremediable reseñado o ante la insuficiencia del medio ordinario de defensa, dada la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales objetivamente perturbados³⁰.

La procedencia de la acción constitucional en tales casos, en cuanto a su alcance frente a actos administrativos, ha sido avalada no sólo en consideración al artículo 86 de la Carta que así lo autoriza, sino también en atención a lo precisado por los artículos 631, 732 y 833 del Decreto 2591 de 1991 que permiten el amparo constitucional contra tales actos. En efecto, ha dicho el legislador que de configurarse el perjuicio irremediable, ‘el juez de tutela pued[e] suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’³⁴.”

Ahora bien, frente a los casos concretos de las peticionarias, si bien existe otro medio de defensa judicial, esta Sala de Revisión considera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para estudiar las controversias planteadas en esta oportunidad, como quiera que (i) la expedición de los respectivos actos administrativos afectan la estabilidad laboral reforzada de las demandantes que, aunque desempeñaban un cargo en provisionalidad, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta dado el precario estado de salud que padecen, el

cual se agrava con el paso de los días; (ii) se trata de sujetos de especial protección constitucional amparados por el artículo 13 de la Constitución Política; (iii) se evidencia el acaecimiento de un perjuicio irremediable, pues la ruptura del vínculo laboral puede acarrear consecuencias irreversibles en sus vidas y salud; y (iv) ante la amenaza contra los derechos fundamentales, los mecanismos ordinarios de defensa devienen ineficaces.

Expediente T-3234322

La señora Alba Fayoly Mesa Granados presentó acción de tutela contra el Juzgado Promiscuo Municipal de SÁCHICA, al considerar que ese despacho conculcó sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, al haber sido desvinculada del cargo que venía desempeñando en ese despacho, en provisionalidad, a pesar de que durante la vigencia del vínculo laboral le fue diagnosticado “tumor maligno de los huesos y de los cartílagos articulares de los miembros...” (f. 1° cd. inicial respectivo).

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, mediante providencia de septiembre 2 de 2011, negó el amparo por improcedente, argumentando que al accionar no se cumplió con el principio de subsidiariedad, descartando de plano el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Se encuentra probado entonces que, mediante la Resolución N° 015 de 2011, el despacho accionado aceptó el traslado del señor Ricardo Mauricio Pineda Rodríguez, nombrándolo en propiedad en el cargo que hasta ese momento desempeñaba Alba Fayoly Mesa Granados en provisionalidad.

Teniendo en cuenta que, conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el traslado es una manera de proveer en propiedad los cargos de la rama judicial, se deduce que tanto la conducta del juez de instancia como la del Juzgado Promiscuo Municipal de SÁCHICA se ajustan a la Constitución Política y a la jurisprudencia de esta Corporación, toda vez que es improcedente ordenar el reintegro al cargo que la actora ocupaba en el referido despacho, dado que la remoción del mismo se produjo en observancia de una causal legal, como lo es la aceptación del traslado del señor Pineda Rodríguez (que contaba con previo concepto favorable del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja).

En consecuencia, la actuación del Juzgado Promiscuo Municipal de SÁCHICA no se debió a la

utilización abusiva o arbitraria de una facultad legal para esconder un trato discriminatorio fundado en la condición física de la accionante, sino que, como se mencionó, dicho comportamiento encuentra sustento legal y jurídico al encontrarse la peticionaria en un nombramiento en provisionalidad; en consecuencia, no existe conexidad entre la condición de debilidad manifiesta de la señora Alba Fayoly Mesa Granados y su desvinculación del cargo de Secretaria del despacho judicial demandado.

No obstante, se observa que el Juzgado de instancia no valoró si la protección a la estabilidad laboral reforzada de la actora encontraba garantía en la posible reubicación en un cargo igual o similar al que ejercía, ni qué medida u orden podría salvaguardar la necesidad de la continuidad de un tratamiento médico eficaz encaminado a recuperar su salud, motivo por el cual esta Corporación ordenó la vinculación de SaludCoop EPS, con el fin de permitirle, en el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, conocer el expediente en cuestión y resolver inquietudes respecto de la afiliación y el procedimiento adecuado, dado el diagnóstico de osteosarcoma a la señora Mesa Granados.

Es claro que la actora se encuentra expuesta a una vulneración clara y evidente de su derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas, por estar en una situación de debilidad manifiesta y ante la amenaza del perjuicio irremediable, por cuanto se dejaría sin el servicio médico, indispensable para el restablecimiento de su salud, y sin la única fuente de ingresos que tenía para su sostenimiento, que consistía precisamente en el salario que devengaba como Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica.

No puede pasarse por alto la situación excepcional de la peticionaria, por lo que, sin contrariar los principios y lineamientos jurisprudenciales que se explicaron en los apartes precedentes, se garantizará la efectividad de los derechos fundamentales, “entre los cuales la igualdad juega un papel transcendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución”³⁵, mandato soslayado por el referido Juzgado y por el Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, cuando dejaron de lado la situación descrita de la demandante y no previeron una medida para no conculcar los derechos enunciados.

Dado lo anterior, se ordenará al Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, procurar que la señora Alba Fayoly Mesa Granados sea nuevamente vinculada, de manera provisional, en un cargo que se encuentre vacante, de la misma jerarquía al que venía ocupando.

De igual forma, con el fin de salvaguardar la vida digna y la salud de la actora, se ordenará a SaludCoop EPS que, debido a que el osteosarcoma que padece la señora Mesa Granados le fue descubierto durante la vigencia de la afiliación a esa empresa, tratándose de una enfermedad ruinosa y catastrófica, le restablezca el tratamiento integral indispensable, que le sea prescrito por los médicos tratantes, hasta el restablecimiento efectivo de su salud.

Así, esta Sala revocará el fallo proferido en septiembre 2 de 2011, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, que negó la tutela pedida por la señora Alba Fayoly Mesa Granados, contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica, en cuanto le terminó la provisionalidad a la actora, para que otra persona, cuyo traslado tenía concepto positivo del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, ocupara el cargo.

En su lugar, con el objeto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, serán tutelados los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la salud y a la vida en condiciones dignas de la actora y, por ende, se ordenará al Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, por conducto de su Presidente o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, en el evento de existir vacantes en el Distrito Judicial de Tunja en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora Alba Fayoly Mesa Granados, ella sea nombrada en provisionalidad, hasta tanto el cargo se provea en propiedad, mediante el sistema de carrera, o su desvinculación cumpla con los requisitos exigidos legalmente y en la jurisprudencia constitucional.

Igualmente, se ordenará a SaludCoop EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, le restablezca la atención integral de salud a la señora Alba Fayoly Mesa Granados, en torno al osteosarcoma que le fue diagnosticado y venía siéndole tratado.

Expediente T-3241594.

La señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz, mediante apoderado, solicitó amparo para sus derechos fundamentales, al haber sido declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad de docente que venía ejerciendo en el Distrito de Santa Marta, desde febrero 19 de 2003, a pesar de su precario estado de salud que le generó una pérdida del 96% de su capacidad laboral.

El Juzgado Décimo Civil Municipal de Santa Marta, mediante sentencia de agosto 25 de 2011, declaró improcedente la acción de tutela al estimar que la controversia planteada debe dirimirla la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tratarse de un asunto “netamente laboral” (f. 123 cd. inicial respectivo). Así mismo, advirtió que en la desvinculación de la accionante nada tuvo que ver su discapacidad, puesto que la conducta de la Secretaría de Educación obedeció a que “la señora Mónica Patricia Gutiérrez Puello concursó para proveer los cargos de docentes del Distrito de Santa Marta, superando todas las etapas del mismo y por ello ganó el derecho a ser nombrada y a ocupar el cargo que la accionante venía ocupando en forma provisional” (f. 124 ib.).

Al igual que en el caso anterior, debe aclararse que la Secretaría de Educación de Santa Marta, al retirar del servicio docente a la peticionaria, no incurrió en un ejercicio abusivo o arbitrario de una facultad legal para esconder un tratamiento discriminatorio, fundado en la limitación física de la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz, por la pérdida del 96% de su capacidad laboral, sino que dicha actuación encuentra fundamento en el cumplimiento de la obligación jurídica de nombrar a la persona que debía ocupar el cargo que la actora desempeñaba, como quiera que Mónica Patricia Gutiérrez Puello tenía el derecho a ser designada, conforme al concurso de méritos celebrado para proveer las respectivas vacantes, tal como quedó expresamente consignado en el acto administrativo controvertido.

Sin embargo, se observa que el Juzgado que resolvió la acción de tutela en fallo único de instancia, no hizo mención del reconocimiento de la pensión de invalidez de la demandante, cuando la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados puede hallarse en la ausencia de reconocimiento y pago de la citada prestación económica, motivo por el cual esta Corporación ordenó la vinculación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del

Departamento del Magdalena y de Fiduprevisora S. A., para que conocieran y se pronunciaran acerca de las actuaciones adelantadas en el asunto y de la situación de la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz.

Sobre el particular, igual a como sucedió en la providencia T-566 de 2011, ya citada, no era claro si la Secretaría de Educación de Santa Marta tenía la obligación de, una vez nombrada la persona conforme a la lista de elegibles, reubicar a la actora en un cargo similar o compatible con sus capacidades físicas, por las siguientes razones:

“(i) según se advierte de las pruebas obrantes en el expediente, la Secretaría de Educación... estaba en proceso de nombramiento de los cargos docentes de la lista de elegibles conformada luego del concurso de méritos, lo que dificultaba inmediatamente realizar los movimientos de personal necesarios para encontrar un espacio a la tutelante, acorde con su particular condición, teniendo en cuenta además el alto porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, a pesar de que la demandada no afirmó que ello resultara fácticamente imposible; (ii) la actividad docente desarrollada por la actora es una labor con particularidades especiales, que a juicio de la Sala exige tener más que el 25% de la capacidad laboral para su ejercicio en circunstancias compatibles con la dignidad humana de quien las lleva a cabo, así como para la eficacia de las mismas en el proceso formativo de niños y adolescentes como sus naturales receptores, y, (iii) la estabilidad laboral reforzada de las personas con limitaciones físicas, no se agota con la reubicación laboral, máxime cuando en este caso, la pérdida de la capacidad laboral de la tutelante es muy alta...”

Con las pruebas allegadas al expediente, se pudo demostrar que la actora, por medio de la Resolución N° 0380 de febrero 19 de 2003, fue vinculada en provisionalidad para desempeñar el cargo de docente en el Distrito de Santa Marta, hasta que se proveyera el cargo en período de prueba o en propiedad de acuerdo con el listado de elegibles, producto del concurso. Entonces, acorde a ese acto administrativo, de manera legítima, por Resolución N° 307 de febrero 22 de 2011, dicha designación fue declarada insubsistente y se nombró en período de prueba a Mónica Patricia Gutiérrez Puello.

Con todo, dado que la señora Vega de Ortiz padece una pérdida de capacidad laboral del 96%, es indispensable evaluar la especial situación de la actora, que amerita un análisis que procure amparar sus derechos fundamentales, por medio del reconocimiento y pago de la

pensión de invalidez, medida que permite garantizar no solo los derechos reclamados en la demanda, sino la protección de la seguridad social, como quiera que el pago de la citada prestación económica adquiere el carácter de necesidad vital.

En observancia a los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, una persona se considera inválida cuando por cualquier causa, escindida la de origen profesional y siempre que no haya sido provocada de manera intencional, haya perdido más del 50% de su capacidad laboral³⁶ y tenga una cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez³⁷.

Así, a efectos de constatar los requisitos mencionados, se aprecia que la señora Vega de Ortiz (i) tiene una pérdida de capacidad laboral del 96%; y (ii) por haber estado vinculada al sector docente en el Distrito desde el 2003, conforme a lo afirmado por la actora y como consta en la Resolución N° 0380 de ese año, cuenta con mucho más de 50 semanas cotizadas inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez³⁸.

Por estas razones, debe revocarse la sentencia proferida en agosto 25 de 2011, por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Santa Marta, que negó la tutela pedida por Bertha Beatriz Vega de Ortiz, contra la Alcaldía de Santa Marta y la Secretaría de Educación de la misma ciudad, en cuanto a la demandante se le terminó su provisionalidad con el objetivo de proveer el cargo que ocupaba con una persona que ganó el concurso y que, por ende, tenía mejor derecho.

En consecuencia, serán amparados los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, y se ordenará al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Magdalena y a Fiduprevisora S.A., por conducto de sus respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, que si aún no lo han efectuado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, procedan, respectivamente, a dar la autorización requerida y a expedir el acto administrativo por medio del cual se reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez de la actora, que deberá ubicarse en nómina máximo dentro del mes siguiente a la expedición del citado acto administrativo y cancelarse las mesadas pensionales desde el momento en que fue desvinculada de la docencia.

Isaura Castro Zabala instauró acción de tutela contra la Secretaría de Educación de

Barranquilla, al estimar que esa dependencia vulneró sus derechos al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social, al haber sido desvinculada del cargo de docente que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que durante la vigencia del vínculo laboral le fue diagnosticado “linfoma de Hopkins tipo celularidad mixta. EC II REGIÓN CERVICAL IZQUIERDO Y MEDIASTINAL. ESQUEMA ABVD2CICLO (D15)”.

El Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla, en agosto 18 de 2011, negó por improcedente la acción de tutela, al considerar que en ausencia de un perjuicio irremediable y de un trato discriminatorio hacia la actora, ella debía acudir a los mecanismos comunes idóneos de defensa judicial.

Como en los dos casos anteriores, si bien Isaura Castro Zabala se encontraba desempeñando un cargo en provisionalidad, por tratarse de una persona en estado de debilidad manifiesta la estabilidad laboral se reafirma en su connotación fundamental, por lo cual, en virtud del derecho a la igualdad material, resultaba indispensable la adopción de medidas afirmativas a favor de ella como persona desfavorecida. Así, la Secretaría de Educación de Barranquilla tenía la obligación de prever un mecanismo que garantizara que la actora fuera de las últimas servidoras en ser desvinculadas, a pesar de que su situación no le permitía seguir indefinidamente en el empleo, “toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos”³⁹.

Igualmente, se observa que el Juzgado que resolvió la acción de tutela, no valoró si la protección a la estabilidad laboral reforzada de la actora encontraba garantía en la posible reubicación en un cargo de igual o similar nivel al que ejercía, ni con qué medida podía salvaguardar la continuidad de un tratamiento médico eficaz encaminado a recuperar su salud. Frente a ello, esta corporación ordenó la vinculación de Coomeva EPS, con el fin de permitirle, en ejercicio del derecho de contradicción y defensa, conocer el respectivo expediente y resolver algunas inquietudes frente a la afiliación y el procedimiento médico adecuado, dado el diagnóstico que se había emitido sobre la señora Castro Zabala; no obstante dicho requerimiento, no hubo pronunciamiento alguno por parte de esa entidad.

Por las consideraciones expuestas, esta Sala revocará la sentencia única de instancia, proferida en agosto 31 de 2011 por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla, que negó la acción de tutela promovida por Isaura Castro Zabala, contra la Secretaría de

Educación de Barranquilla, en cuanto a la actora se le terminó su provisionalidad con el objetivo de proveerse el cargo que ocupaba por una persona que ganó el concurso de meritos.

En su lugar, con el objeto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, serán tutelados los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la salud y a la vida en condiciones dignas de Isaura Castro Zabala y se ordenará a la Secretaría de Educación de Barranquilla que, por conducto del respectivo Secretario, si aún no lo ha hecho, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, de existir vacantes en un cargo de igual o equivalente nivel al que ocupaba la accionante, nombre ahí a la actora en provisionalidad hasta tanto su puesto se provea en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla con los requisitos exigidos normativamente y en la jurisprudencia constitucional.

Igualmente, teniendo en cuenta que durante su afiliación fue descubierto el linfoma que padece, que requiere continuidad y oportunidad en el tratamiento dispuesto por los médicos tratantes, se ordenará a Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, haga prestar y continuar la atención integral que necesita la señora Isaura Castro Zabala.

Así mismo, ante los requerimientos realizados a la Secretaría de Educación de Barranquilla, por parte de la accionante y por esta corporación, para que allegara la Resolución N° 02488 de 2011, mediante la cual se produjo la desvinculación de su cargo, también se concederá el amparo del derecho de petición a Isaura Castro Zabala, ordenándosele a la dependencia accionada que, por el mismo conducto y si aún no lo ha realizado, en el término de dos (2) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, haga entrega a la actora de copia auténtica del referido acto administrativo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido dentro del expediente T-3234322, en septiembre 2 de 2011, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, que negó la tutela instada por la señora Alba Fayoly Mesa Granados, en cuanto el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica le terminó la provisionalidad a la actora, para que otra persona, cuyo traslado tenía concepto positivo del Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, ocupara el cargo.

Segundo.- TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la salud y a la vida en condiciones dignas de la actora y ORDENAR al Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja, Sala Administrativa, por conducto de su Presidente o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, en el evento de existir vacantes en el Distrito Judicial de Tunja en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la señora Alba Fayoly Mesa Granados, ella sea nombrada en provisionalidad, hasta tanto el cargo se provea en propiedad, mediante el sistema de carrera, o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos legalmente y en la jurisprudencia constitucional.

Tercero. ORDENAR a SaludCoop EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, le restablezca la atención integral de salud a la señora Alba Fayoly Mesa Granados, en torno al osteosarcoma que le fue diagnosticado y venía siéndole tratado.

Cuarto.- REVOCAR la sentencia proferida dentro del expediente T-3241594, en agosto 25 de 2011, por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Santa Marta que negó la tutela pedida por la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz, contra la Alcaldía y la Secretaría de Educación de Santa Marta.

Quinto.- TUTELAR los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la actora y ORDENAR al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Magdalena y a Fiduprevisora S.A., por conducto de sus respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, que si aún no lo han efectuado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, procedan, respectivamente, a dar la autorización requerida y a la expedición del acto administrativo, por medio del cual se

reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez a la señora Bertha Beatriz Vega de Ortiz, quien deberá ser ubicada en nómina máximo dentro del mes siguiente a la expedición del citado acto administrativo y cancelarse las mesadas pensionales desde el momento en que fue desvinculada como docente.

Sexto.- REVOCAR la sentencia proferida dentro del expediente T-3252575, en agosto 31 de 2011, por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Barranquilla, que negó la acción de tutela promovida por Isaura Castro Zabala contra la Secretaría de Educación de Barranquilla.

Séptimo.- TUTELAR los derechos fundamentales de Isaura Castro Zabala a la igualdad, el debido proceso, la salud, la vida en condiciones dignas y de petición y, en consecuencia, ORDENAR:

(i) A la Secretaría de Educación de Barranquilla, por conducto de su respectivo Secretario, que si aún no lo ha hecho, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la accionante, ella sea nombrada en provisionalidad hasta tanto su cargo se provea en propiedad mediante el sistema de carrera, o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos normativamente y en la jurisprudencia constitucional.

(ii) Igualmente a la Secretaría de Educación de Barranquilla, por el mismo conducto y si aún no lo ha realizado, que en el término de dos (2) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, haga entrega a la señora Isaura Castro Zabala de la Resolución N° 02488 de 2011, mediante el cual se produjo la desvinculación del cargo de ella desempeñaba.

(iii) A Coomeva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, haga prestar y continuar la atención integral que le prescriban los médicos tratantes a la señora Isaura Castro Zabala, para el cabal tratamiento del linfoma que le fue diagnosticado.

Séptimo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones indicadas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 “Véanse, entre otras, las sentencias T-198 del 16 de marzo de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1038 del 4 de diciembre de 2007.M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.”

3 “En el mismo sentido, Sentencia T-576 del 14de octubre de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.”

4 “Sobre el tema, entre otras, pueden consultarse las siguientes sentencias T-198 de 2006 y C-531 de 2000, reiteradas en la sentencia T-812 de 2008.”

5 “Como se ha señalado, estos mandatos se encuentran contenidos en los artículos 13, 47 y 54 de la Carta.”

6 “A partir de los artículos 1º, 2º y 4º de la Constitución.”

7 “Sobre las acciones afirmativas en el ordenamiento colombiano, se pueden consultar entre otras, las sentencias C-371 de 2000 (Ley 581 de 2000, conocida como Ley de cuotas); C-112 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-500 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-184 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en relación con la Ley 750 de

2002, relativa al beneficio de prisión domiciliaria para madres cabeza de familia, C-044 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería) y C-174 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y, las sentencias de unificación SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y SU-389 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería).”

8 “Artículo 13, inciso 2º. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Inciso 4: El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

9 “Ver, sobre el particular las sentencias SU-256 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) sobre empleados despedidos por ser portadores del Virus de Inmundeficiencia Humano, y la T-943 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).”

10 “Sobre el trato discriminatorio que supone un despido en tales condiciones, ver entre otras, las sentencias T-576 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-1040 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-519 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-198 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1038 y 1083 de 2007 (las dos con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto). En relación con la configuración de un abuso del derecho, ver la T-1757 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1040 de 2001 y, de forma reciente, la T-853 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).”

11 “Sentencia T-812 de 2008.”

12 T-1038 de diciembre 4 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

13 T-812 de agosto 21 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

14 T-039 de febero 1º de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

15 Art. 27, L. 909/04.

16 Art. 41, ib..

17 Art. 132 L. 270/96: “Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la

vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.”

18 Ib..

19 Art. 134, L. 270/96.

20 “La norma señala textualmente ‘en los términos del artículo siguiente’, es decir en principio el artículo 133. Sin embargo en cuanto es en realidad el artículo 134 el que se ocupa del tema de los traslados a que se refiere la norma, ha de entenderse que es a este artículo al que se refirió el legislador.”

21 Posterior a una lectura sistemática de las disposiciones estudiadas en aquella oportunidad, la Corte dedujo que, teniendo en cuenta que el referido precepto no hace alusión a la autoridad encargada de evaluar la solicitud y proponer las alternativas de traslado, “es a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso, a la que corresponde esta competencia. Sin embargo, debe aclararse como se hizo en la sentencia C-037 de 1996, que ello se entiende sin perjuicio de la competencia propia de cada nominador y en particular de aquella reconocida a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional. Es decir que como lo señala el Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura emitir un concepto previo en relación con el cumplimiento de los requisitos señalados por el numeral bajo examen, pero la decisión de aceptar el traslado o no, corresponde al respectivo nominador”.

22 T-963 de noviembre 26 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

23 T-001 de enero 16 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

24 T-007 de enero 17 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Art., 8° D. 1278/02.

26 Art. 1°, ib..

27 Art. 16, ib..

28 T-498 de junio 29 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

29 Num. 1° del art. 6°, Dec. 2591/1991 (no está en negrilla en el texto original): “Causales de improcedencia de la acción de tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

30 “Ello se ha presentado, por ejemplo, en casos en que se produce una discriminación en concursos públicos y en el acceso a cargos de esta naturaleza, que compromete seriamente la confianza de los particulares en el Estado (art. 83 C.P.); el derecho de acceder en igualdad de condiciones (art. 13 y 40 CP), el debido proceso (art. 29 C.P.) y el derecho al trabajo (art. 25 C.P.). La cuestión a resolver, en estos casos, es constitucional. De otra parte, el mecanismo ordinario que podría ser utilizado, no es plenamente idóneo para resarcir los eventuales daños. En consecuencia, la tutela se concede como mecanismo principal para evitar la lesión de los derechos fundamentales involucrados. Sobre este particular pueden revisarse las sentencias T-100 de 1994; T-256 de 1995; T-325 de 1995; T-398 de 1995; T-455 de 1996 y T-083 de 1997 y SU 133 de 1998. Un ejemplo, en materia de educación, es la sentencia T- 689 de 2005.”

31 “Art. 6º Decreto 2591 de 1991. ‘La acción de tutela no procederá: 1º Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.’ (La subraya es fuera del original).”

32 “Dice el Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991: ‘Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho,

suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere.’ (Subraya fuera del original).”

33 “Dice el artículo 8º del decreto 2591 de 1991: ‘Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.’ (Subraya fuera del original).”

34 “Sentencia T-435 de 2005. Por otra parte, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte Constitucional afirmó: ‘es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 (del Decreto 2591 de 1991) impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisionales a que alude el art. 7 en referencia’. Ver también las sentencias T-514 de 2003, T-596 de 2001, T-754 de 2001, T-873 de 2001, C-426 de 2002 y T-418 de 2003, entre otras, sobre estas consideraciones.”

35 SU-446 de mayo 26 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

36 Art. 38, L. 100/93.

37 Art. 39, ib..

38 Conforme al Dictamen para la Calificación de la Pérdida de Capacidad laboral y Determinación de Invalidez, Bertha Beatriz Vega de Ortiz tiene como fecha de estructuración de la invalidez julio 13 de 2011 (f. 12 y 13 ib.).

39 SU-446 de 2011, ya citada.