Sentencia T-246/22

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

(…) los procesos de definición de las plantas de docentes de las comunidades indígenas que impliquen el retiro de personas en provisionalidad son compatibles con la Constitución siempre que (i) no se lleven a cabo de forma arbitraria por las citadas autoridades e (ii) implican el deber para la Administración de adoptar medidas afirmativas en favor de los sujetos de especial protección constitucional (…)

DERECHO A LA EDUCACION PROPIA DE COMUNIDADES INDIGENAS O ETNOEDUCACION-Fundamental

Como parte del contenido de la etnoeducación, se ha reconocido (i) la prerrogativa de las comunidades étnicas de participar en la definición del modelo educativo y (ii) su derecho a contar con un estatuto especial para los etnoeducadores.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

DERECHO A LA EDUCACION PROPIA DE COMUNIDADES INDIGENAS O ETNOEDUCACION-Medidas transitorias para enfrentar adecuadamente la barrera que se erige sobre un vacío normativo permanente

SELECCION DE EDUCADORES EN TERRITORIOS OCUPADOS POR GRUPOS ETNICOS-Debe efectuarse a través del mecanismo de la concertación entre los voceros de las comunidades indígenas y las autoridades encargadas de administrar el servicio público de educación/DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites y ámbitos de aplicación

(…) pese a que las autoridades indígenas pueden aplicar sus normas y procedimientos, dichas facultades deben respetar el mínimo de garantías constitucionales; es por esto que la autonomía de la comunidad en relación con la escogencia de los docentes de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios encuentra un primer límite derivado del principio del mérito (…)

PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección/MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

(…) la estabilidad laboral reforzada en favor de las personas prepensionadas y las mujeres cabeza de familia no constituye una protección absoluta ni automática; el Estado-empleador puede proceder al retiro del servicio con fundamento en razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, entre estas, la necesidad de proveer el cargo con el ganador de un concurso de méritos o, en el caso que nos ocupa, la designación de un integrante del grupo étnico, por solicitud expresa de la comunidad, previa verificación de las condiciones de idoneidad y tras haberse surtido un proceso de consulta previa para la determinación de la planta docente de la institución educativa ubicada en territorio indígena (…)

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Caso en que no se encuentran elementos para determinar que el actor se encontraba sujeto a esta garantía

(…), la terminación del nombramiento provisional de la tutelante se dio mediante un acto administrativo motivado, con fundamento en el retiro del aval y la solicitud expresa por parte de las autoridades indígenas (…), la accionante no es beneficiaria de la protección especial dispuesta para las personas prepensionadas y mujeres cabeza de familia, dado que no acredita las condiciones requeridas (…)

Referencia: Expediente T-8.488.881

Solicitud de tutela presentada por Ana Patricia Castaño Gálvez en contra de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., uno (1) de julio de dos mil veintidós (2022)

La Corte Constitucional, por conducto de la Sala Cuarta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión del fallo de segunda instancia adoptado el 2 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales (Caldas), que modificó la decisión adoptada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado

Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de la misma ciudad, dentro del proceso de tutela de la referencia, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de septiembre de 2021, Ana Patricia Castaño Gálvez, por intermedio de apoderada judicial, presentó demanda de tutela en contra de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (en adelante, la Secretaría de Educación)1. En su criterio, la accionada vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada, al haber finalizado su nombramiento provisional como docente orientadora en la Institución Educativa María Fabiola Largo del Municipio de Riosucio (Caldas), a pesar de tener la condición de prepensionada y de cabeza de familia.

1. Hechos

1. El 31 de marzo de 2015, Ana Patricia Castaño Gálvez fue nombrada en provisionalidad como docente con funciones de orientadora escolar en la Institución Educativa María Fabiola Largo2, del municipio de Riosucio (Caldas)3, ubicada en el Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña (en adelante, el Resguardo)4, “por la carencia, para el momento[,] de profesionales indígenas en psicología”5.

1. El 10 de diciembre de 2020, la Secretaría de Educación y el Resguardo llevaron a cabo una reunión de consulta previa para conformar las listas de los docentes Embera a ser designados en propiedad en las instituciones educativas pertenecientes a los territorios indígenas del departamento de Caldas6. La accionante no fue incluida en el listado por no

tener la condición de indígena ni ser integrante del Resguardo. Por consiguiente, el 19 de abril de 2021 las autoridades de la comunidad le comunicaron la decisión de retirarle el aval para continuar desempeñando el cargo.

1. El 30 de abril de 2021, la tutelante presentó escrito ante la Secretaría de Educación7, en el que manifestó ser prepensionada, tener 57 años, y ser una persona vulnerable por razón de su edad. Afirmó que de ser desvinculada se verían afectados sus derechos “a pensionarse” y al mínimo vital “para pervivir dignamente con [su] cónyuge, quien es, un adulto mayor desempleado, no pensionado y con problemas de salud”8. En respuesta a la solicitud, la Secretaría de Educación9 informó que la desvinculación obedecía a la decisión de retiro del servicio comunicada por el Resguardo; sin embargo, no se pronunció sobre las manifestaciones de la actora relacionadas con la condición de prepensionada y la dependencia económica de su pareja.

1. El 28 de mayo de 2021, la Secretaría de Educación profirió la Resolución No. 2481-610, por medio de la cual dio por terminado el nombramiento de la actora en provisionalidad en vacante definitiva como orientadora escolar adscrita a la Institución Educativa María Fabiola Largo11. Como sustento de la decisión, señaló que el 19 de mayo de 2021 el gobernador y representante legal del Resguardo informó sobre el retiro del aval a la tutelante y solicitaron “se adelanten los trámites legales correspondientes para desvincular a la docente ANA PATRICIA CASTAÑO GÁLVEZ”, por no cumplir con el requisito de “pertenecer a la parcialidad de la Montaña, acreditado con el censo de población”.

1. El 15 de junio de 2021, la accionante interpuso recurso de reposición12. Reiteró que, en su criterio, era acreedora de la estabilidad laboral por ser prepensionada y cabeza de familia con compañero permanente a cargo13. Agregó que nunca tuvo un llamado de atención, ni quejas por parte de la comunidad sobre su desempeño y que aprendió a conocer la cultura e identidad del grupo étnico. Además, sostuvo que el acto recurrido carecía de motivación, dado que “solo hac[e] referencia a la selección de educadores y a la elección de

etnoeducadores, [pero] en ninguna parte de la normatividad allí citada se refiere, en forma expresa el [sic] retiro de los docentes o el procedimiento a seguir para dar por terminado un nombramiento provisional”14.

1. El 15 de julio de 2021, la Secretaría de Educación pidió a la actora allegar pruebas sobre la condición de prepensionada, para resolver el recurso interpuesto15. La tutelante se negó a aportar estas pruebas, bajo el argumento de que, “al probar o no [la] calidad de prepensionada”, la entidad podría resolver “de plano” el recurso sin considerar los otros fundamentos jurídicos expuestos, entre estos, (i) la falsa motivación del acto, (ii) el desconocimiento de preceptos constitucionales, (iii) la condición de cabeza de familia y (iv) “la protección laboral por la emergencia sanitaria que brinda el Decreto Legislativo 491 de 2020”16.

1. Mediante la Resolución No. 3973-6 del 17 de agosto de 202117, la accionada confirmó su decisión18. En primer lugar, reiteró que la actora fue retirada del servicio por no contar con el aval del Resguardo para continuar en el cargo de docente orientadora, con fundamento en la solicitud expresa de las autoridades indígenas. En segundo lugar, manifestó que el acto recurrido estaba debidamente motivado, por cuanto se fundamentó en las disposiciones que habilitan la determinación de la planta docente por parte de los grupos étnicos. En tercer lugar, refirió que no era dable determinar si la tutelante contaba con la calidad de prepensionada, dado que desconocía su expediente pensional. La entidad no se pronunció acerca de la garantía de estabilidad laboral con fundamento en la condición cabeza de familia.

1. El 23 de agosto de 2021, la señora Leidy Johana Taba Motato19 fue vinculada en provisionalidad en el cargo dejado vacante por la actora20, por contar con el aval del Resguardo y con “el perfil organizativo y comunitario”21. Posteriormente, según se indicó, sería nombrada en propiedad22.

1. Al momento en que presentó la solicitud de tutela, la accionante tenía 57 años23. Para el 29 de septiembre de 2021 contaba con 591.43 semanas cotizadas y un saldo de $32.062.987 en la cuenta individual del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.24 Afirma que su pareja depende económicamente de ella, pues tiene 72 años, no cuenta con una vinculación laboral dependiente y se encuentra diagnosticado con "1) cardiopatía isquémica, a) angioplastia en marzo con stents en DA y Cx, 2) HTA, 3) DM tipo 2, 4) Gastritis crónica", condiciones que le exigen "controles periódicos y tratamiento con medicamentos"25.

1. Pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela

1. La tutelante considera que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada, al haberla retirado del servicio como docente orientadora en la Institución Educativa María Fabiola Largo del municipio de Riosucio (Caldas), a pesar de ser (i) cabeza de familia, por cuanto su compañero permanente depende económicamente de ella, por tener 72 años, estar desempleado y padecer diversas afecciones de salud que le exigen controles periódicos y tratamiento con medicamentos26, y (ii) pre pensionada, por tener 57 años, edad en la que no le será fácil acceder a un empleo que le permita continuar aportando para completar las semanas de cotización exigidas para causar la pensión de vejez.

1. Con fundamento en lo anterior, solicita (i) dejar sin efectos la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021, por medio de la cual se dio por terminado su nombramiento como docente provisional, (ii) ordenar su reintegro, sin solución de continuidad, y (iii) el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación. Así mismo, solicitó (iv) prevenir al Secretario de Educación de Caldas, "para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en similares actos que van en desmedro de los derechos fundamentales de los

funcionarios públicos”.

1. Respuesta de la entidad accionada y de los vinculados27

1. Secretaría de Educación del Departamento de Caldas28. Solicitó declarar improcedente la tutela, por considerar que la accionante debe acudir al mecanismo de defensa judicial previsto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto se pretende la nulidad de la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021, confirmada en todas sus partes por la Resolución No. 3973-6 del 17 de agosto de 202129. De otra parte, manifestó que la docente contaba con estabilidad laboral relativa al haber sido nombrada en provisionalidad y que, si bien tenía la expectativa de permanencia en el cargo, el retiro del servicio obedeció a que el gobernador y representante legal del Resguardo decidió retirarle el aval otorgado para desempeñarse como docente en provisionalidad, por no reunir “los requisitos de pertenecer a la parcialidad de la Montaña, acreditado con el censo de la población”.

1. Fiduprevisora S.A.30 Solicitó su desvinculación del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que “es la Secretaría de Educación la encargada del reintegro de los docentes y la revocatoria de las resoluciones”31.

1. Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña. Manifestó que la accionante no fue incluida en los registros censales por no acreditar la condición de indígena Embera. Por esta razón no fue tenida en cuenta para ser nombrada en propiedad, lo que llevó a que el Resguardo oficializara la decisión del retiro del aval ante la Secretaría de Educación el 19 de mayo de 2021. Agregó que, en caso de que se considerase procedente la solicitud de amparo, “no debe reubicarse [a] la accionante, en el resguardo en [el] cargo que desempeñaba, por cuanto el mismo ya está ocupado por una comunera indígena, psicología [sic], orientadora, nombrada en propiedad que llena todos los requisitos exigidos tanto por la ley ordinaria como por los usos y costumbres propios”32.

1. Institución Educativa María Fabiola Largo Cano del Municipio de Riosucio (Caldas)33. Se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones, “porque esa valoración es competencia del Sr. Juez Constitucional que conoce de la acción de tutela”. En cuanto a la afectación o perjuicio causado por la desvinculación de la actora, sostuvo que la decisión adoptada por la accionada mediante la Resolución 2481-6 del 28 de mayo de 2021 “afectó temporalmente la adecuada prestación del servicio de orientación escolar, hasta que la Secretaría de Educación mediante Resolución 4178-6 del 30 de agosto de 202, asignó las funciones de docente orientadora a la sicóloga Leidy Taba Motato”.

1. Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Aportó la historia laboral de la accionante34.

1. Ministerio de Educación. Solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. Además, señaló que la acción de tutela era improcedente35.

1. Departamento de Caldas y Leidy Johana Taba Motato. Guardaron silencio.

4.1. Primera instancia36

1. En sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Manizales, (i) declaró procedente la tutela para reclamar el reintegro, y (ii) concedió el amparo pretendido. Primero, sobre la procedencia de la acción, consideró que se satisfacía el requisito de subsidiariedad, dado que la actora “es madre cabeza de familia en tanto tiene bajo su cuidado y protección a su esposo, quien es una persona de 72 años, que está desempleado y tiene diversas afectaciones de salud que requiere de controles periódicos y tratamiento con medicamentos, por lo cual depende completamente de ella”;

calidad que no fue desvirtuada por la accionada.

1. Segundo, en cuanto al fondo del asunto, manifestó que la ausencia del aval por parte de la comunidad indígena no constituía una razón suficiente para la desvinculación, pues el acto administrativo debía estar debidamente motivado, lo que implicaba "cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido"37 como un desempeño o calificación deficiente. Agregó que, en todo caso, la Secretaría de Educación debía considerar la estabilidad laboral reforzada que le asistía a la actora al ser madre cabeza de familia38, por lo que estaba en la obligación de realizar acciones afirmativas orientadas a la reubicación de la accionante, circunstancia que no se acreditó39.

1. En consecuencia, ordenó a la accionada que, "únicamente en el evento de existir vacantes disponibles […] o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad nombre a la señora Ana Patricia Castaño Gálvez en un cargo igual o equivalente al que ocupaba -orientadora escolar-, de acuerdo con el escalafón docente que ocupe hasta tanto dicho cargo se provea en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla con los requisitos exigidos en la ley y la jurisprudencia constitucional"40. No ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales pretendidos, por considerar que "en caso tal de que la accionante no pueda ser vinculada de nuevo al mismo cargo o a uno similar, no existe un vínculo jurídico que obligue a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a realizar el respectivo pago de salarios"41.

4.2. Impugnación42

1. El 12 de octubre de 202143, la Secretaría de Educación impugnó la sentencia de tutela. En su criterio, la demanda resultaba improcedente por cuanto la actora "no ha solicitado ni ha presentado derecho de petición ante esta entidad territorial solicitando su reubicación como docente orientadora"44. Por tanto, afirmó que a la entidad "no le asiste responsabilidad alguna por negligencia, culpa o dolo en la expedición de la resolución Nro. 2481-6 del 28 de

mayo de 2021, por la cual se da por terminado el nombramiento provisional en vacante definitiva de la accionante, toda vez que se encuentra ajustada a la ley”45.

4.3. Segunda instancia

1. En sentencia del 2 de noviembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales (Caldas)46 revocó parcialmente el fallo de tutela de primera instancia. En primer lugar, concluyó que la tutela es improcedente “únicamente en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada por pre-pensionada”, por cuanto la actora no acreditó tal condición “ya que como lo analizó el juez de primer grado, si bien tenía la edad para acceder a una pensión aún no cuenta con las semanas para tener derecho a esta prestación”. En segundo lugar, concedió la protección solicitada por vulneración del debido proceso, “únicamente en lo que tiene que ver con el fuero constitucional invocado por ser madre cabeza de familia”, por considerar que la Secretaría de Educación de Caldas no se pronunció sobre dicho aspecto al resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021.

1. Sobre este último aspecto, sostuvo que, contrario a lo afirmado por el a quo, el acto administrativo cuestionado “en su parte considerativa contempla las normas legales y jurisprudenciales suficientes para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la solicitante del amparo”. Además, que la exigencia de esgrimir una causal objetiva como calificación deficiente de servicios para proceder a la desvinculación, adicional al retiro del aval por parte de la comunidad, “se aplica es para docentes que ostenten la calidad de pertenencia a un grupo étnico indígena, y no para la actora que no tiene dicha pertenencia”47. Sin embargo, advirtió que la accionada vulneró el derecho al debido proceso de la tutelante, “en tanto omitió resolver de manera completa el recurso de reposición formulado por aquella, en cuanto no hizo manifestación respecto a la condición invocada de ostentar el fuero constitucional de madre cabeza de familia”48.

1. En consecuencia, revocó el numeral segundo de la decisión de primera instancia y, en su lugar, ordenó a la Secretaría de Educación resolver el recurso de reposición formulado por la actora en contra de la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021, en el sentido de pronunciarse sobre la estabilidad por la condición de madre cabeza de familia alegada por la accionante.

1. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

1. El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión de la Corte Constitucional mediante auto del 15 de diciembre de 2021 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce49. Por medio de auto del 28 de febrero de 202250, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas relacionadas con (i) la situación personal de la accionante y su compañero permanente y (ii) el proceso adelantado por la Secretaría de Educación y el Resguardo para proveer los cargos de docentes en la Institución Educativa María Fabiola Largo. Finalmente, en auto de marzo 16 de 2022, la Sala Cuarta de Revisión dispuso suspender los términos del asunto bajo examen, hasta que se recibieran y valoraran las pruebas allegadas51.

i. Respuestas referidas a la situación personal de la accionante y de su compañero permanente

1. Respuesta de Ana Patricia Castaño Gálvez. La accionante afirmó que desde el momento de la desvinculación “ha presentado una situación económica muy desfavorable”, que “debió recurrir a algunos ahorros, pagos de salario atrasados que recibió en septiembre de 2021 y solicitud de cesantías definitivas para poder subsanar los gastos como arrendamiento, servicios públicos, salud de ambos, alimentación entre otros” y que “ya aproximadamente 9 meses y medio después de su desvinculación las sumas anteriores se van haciendo meno[res,] casi que nulas por los constantes gastos de salud de su cónyuge y gastos

diarios”.

1. Señaló que tiene un hijo de 33 años, que es economista y vive en la ciudad de Bogotá. Afirmó que “algunas veces ha recibido apoyo de su hijo”, quien en algunos meses le aporta sumas de dinero que oscilan entre $700.000 y $800.000, por cuanto también tiene a su cargo los gastos de manutención de su padre, último que padece de diabetes tipo 252.

1. Sostuvo que vive con Carlos Alberto Betancourt Javela desde hace 22 años, y “durante la convivencia con él, han compartido los gastos de la vida cotidiana”.

1. Indicó que los gastos de vivienda y manutención, dada la condición de salud del compañero de la actora, “han sido sufragados por ella desde hace varios años, […] la profesión del cónyuge […] es psicólogo y algunas veces, de manera esporádica realiza de manera virtual ayuda o consulta psicológica a personas que lo buscan, pero el pago de las mismas no sobrepasa los setenta mil pesos y en razón a sus patologías no es recurrente que esto pase, por lo que el aporte del mismo no es constante y cuando se efectúa no es más de doscientos mil pesos o menos”.

1. Agregó que su pareja en la actualidad se encuentra diagnosticado con cardiopatía isquémica, angioplastia con stents en DA y Cx, HTA y gastritis crónica, condición que “exige que deba estar medicado y con cuidados específicos”.

1. Afirmó que Carlos Betancourt Javela no estuvo vinculado como beneficiario en el sistema de salud administrado por el FOMAG, sino que ha estado afiliado como trabajador independiente a la EPS Sura, pues por los “riesgos a su salud por las múltiples dificultades que se presentan con la prestación de servicios de esta EPS, dadas las irregularidades en

cuanto a la oportunidad para prestar los servicios, y por sus afectaciones y patologías es más beneficioso por costos y atenciones estar vinculado como cotizante".

1. Finalmente, la tutelante manifestó que actualmente no desempeña ninguna actividad laboral y que "económicamente a veces percibe una ayuda" por parte de su compañero. Precisó que, "de manera moral, afectiva desde que se presentó su desvinculación laboral, [su pareja] ha estado dándole ánimo de que las cosas saldrán bien y como psicólogo la apoya mucho en la parte emocional, ya que ha venido decayendo a raíz de esta situación".

1. Respuesta del FOMAG53. La Fiduprevisora, en calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, informó que "durante la fecha de vinculación de la señora Ana Patricia Castaño Gálvez al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG como docente, NO se registró como beneficiario de los servicios de salud al señor Carlos Alberto Betancourt Javela".

1. La EPS Sura guardó silencio frente al requerimiento efectuado por la Sala de Revisión mediante auto del 28 de febrero de 2022.

i. Respuestas referidas al proceso adelantado por la Secretaría de Educación y el Resguardo para proveer los cargos de docentes en la Institución Educativa.

1. Respuesta del Resguardo55. El gobernador del Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña informó que "después de much[o]s años de interacción con la Secretaría de Educación de Caldas, en los años 2020 y 2021, se logró adelantar y concluir el proceso de consulta previa, con la intervención del Ministerio del Interior – Dirección de

Consulta Previa, el Ministerio de Educación y la SED, por parte del gobierno, que finalizó, con el nombramiento en propiedad de docentes que siempre habían estado en provisionalidad, pertenecientes a los 6 resguardos indígenas existentes en el departamento de Caldas, entre ellos el de La Montaña".

1. En relación con este proceso, agregó que "dentro de los lineamientos de la consulta previa adoptados por el Gobierno y los resguardos se determinó que los nuevos nombramientos deberían hacerse en provisionalidad, para que en un periodo de meses, luego de las evaluaciones que la autoridad indígena haga a los docentes nuevos, se reabra el proceso de consulta con todos los 6 territorios que intervinieron y proceder al nombramiento de propiedad de los que demuestren suficiencia en los contenidos académicos, comunitarios y organizativos, que contiene el decreto 804 de 2005 y los parámetros creados de manera concertada para las nuevas consultas".

1. De otra parte, señaló que la docente orientadora Leidy Taba Motato, designada en la vacante definitiva que ocupaba la actora, "es nativa del resguardo de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, y tiene su residencia con su núcleo familiar, en la Comunidad de Alto Medina, dentro del mismo territorio, situado en el municipio de Riosucio, Caldas, y se encuentra debidamente censada como integrante de la misma Parcialidad Embera-Chami". Finalmente, refirió que "Leidy Taba Motato, llegó después de clausurada la etapa de evaluación a los docentes y docentes orientadores por [lo] cual su nombramiento no fue en propiedad. Se está coordinando con la SED, para agotar las etapas correspondientes, en un periodo breve y nombrarla en propiedad".

1. Respuesta de la Secretaría de Educación56. La entidad informó que el 10 de diciembre de 2020 se realizó reunión de consulta previa, con fundamento en la cual "cada uno de los resguardos indígenas diseñó el instrumento basado en los componentes comunitario, pedagógico, y político-organizativo, este fue aplicado y con base en ello los etnoeducadores que obtuvieron un puntaje superior a 65 puntos fueron avalados para el nombramiento. De

un total de 266 etnoeducadores a los cuales se les aplicaron los instrumentos con sus criterios, fueron avalados para el nombramiento en propiedad 230 etnoeducadores, los cuales fueron nombrados en propiedad el 29 de enero de 2021. Los docentes etnoeducadores que ingresan posterior a la Consulta Previa y que no cuentan con aval para nombramiento en propiedad como docentes etnoeducadores son nombrados en provisionalidad".

1. Adicionalmente, precisó que, "una vez el acto administrativo de terminación de la provisionalidad en vacante definitiva de la señora ANA PATRICIA CASTAÑO GÁLVEZ qued[ó] en firme y de acuerdo con lo solicitado por el resguardo indígena el 13 de julio de 2021", designó a Leidy Johana Taba "como docente orientador a partir del 23 de agosto de 2021" en el cargo dejado vacante por la tutelante. Aclaró que Leidy Johana Taba Motato fue designada en provisionalidad, por cuanto "llegó a la institución educativa después de clausurada la etapa de evaluación a los docentes orientadores, por lo cual su nombramiento no fue en propiedad".

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86.3 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Delimitación del caso, problema jurídico y metodología de la decisión

1. El asunto bajo examen versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada de la tutelante. Esta se habría derivado de la terminación de su vinculación laboral en provisionalidad como docente orientadora en una institución educativa ubicada en un territorio indígena, y quien al momento en que le fue comunicada la decisión de retiro del servicio manifestó contar con la calidad de prepensionada y la condición de cabeza de familia por tener a su compañero permanente a cargo. La desvinculación tuvo como causa el retiro del aval por parte de las autoridades del resguardo indígena en que se ubicaba la institución educativa, tras haberse surtido el proceso de consulta previa para designar a los integrantes de la comunidad étnica como docentes en propiedad.

1. Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Sala es si el Departamento de Caldas -Secretaría de Educación-, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada, de la señora Ana Patricia Castaño Gálvez, al haber terminado su vinculación en provisionalidad como docente orientadora en la Institución Educativa María Fabiola Largo, del Municipio de Riosucio (Caldas), bajo el argumento de que las autoridades del Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña le retiraron el aval para desempeñarse como etnoeducadora, por no acreditar la condición de indígena ni ser integrante del grupo étnico, a pesar de que manifestó ser prepensionada y mujer cabeza de familia.

1. Para resolver el problema jurídico, la Sala verificará si en el sub iudice se cumplen los requisitos de procedencia de la tutela. En caso de superar dicho examen, se pronunciará frente al caso concreto.

1. Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

1. Legitimación en la causa por activa57. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución y 10º del Decreto 2591 de 1991, la solicitud de tutela puede ser promovida por medio de apoderado judicial, “en cuyo caso debe ser abogado en ejercicio y acreditar esa condición”58.

1. Para determinar el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa cuando se ejerce el derecho de postulación en materia de tutela, esta Corporación ha manifestado que el apoderamiento judicial es un acto jurídico formal que se concreta mediante un poder que se presume auténtico. Este poder debe ser otorgado para la protección y defensa de los derechos fundamentales del asunto específico, lo que implica identificar (i) los datos del poderdante y el apoderado, (ii) la persona natural o jurídica contra la cual se interpone la demanda, (iii) el acto o documento que origina el litigio constitucional, y (v) el derecho fundamental que se pretende garantizar.

1. En el presente asunto se satisfacen los presupuestos para la representación judicial de la accionante por medio de apoderado judicial, por cuanto, junto con la solicitud de amparo fue allegado el poder especial conferido por Ana Patricia Castaño Gálvez a Yady Paola Sánchez González –profesional del derecho que se encuentra habilitada para ejercer la profesión59–. Según el poder conferido, la reclamación se dirige en contra de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, entidad que expidió el acto administrativo por medio del cual se dio por terminada la vinculación de la tutelante como docente orientadora nombrada en provisionalidad en la Institución Educativa María Fabiola Largo del Municipio de Riosucio (Caldas), actuación que, a juicio de la actora, desconoció sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y seguridad social60.

1. Legitimación en la causa por pasiva61. La tutela se dirige contra la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, entidad que profirió la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021, por medio de la cual se dio por terminada la vinculación laboral de la tutelante como docente orientadora en provisionalidad. Por lo tanto, es la llamada a

responder por la alegada vulneración de derechos fundamentales.

1. Inmediatez. La Sala observa que la solicitud de tutela se ejerció en un término oportuno y razonable, a partir del momento en el que se habría configurado la vulneración de los derechos fundamentales. En efecto, la demanda se presentó el 27 de septiembre de 2021, esto es, un mes y diez días después de que fue proferida la Resolución No. 3973-6 del 17 de agosto de 202162, por la cual la Secretaría de Educación confirmó la decisión de dar por terminada la vinculación en provisionalidad de la accionante, contenida en la Resolución 2481-6 del 28 de mayo del mismo año.

1. Subsidiariedad. Esta Corte ha señalado que, en principio, la tutela no es procedente para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, dado que se trata de controversias asignadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, "cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad"63. Específicamente, ha indicado que este tipo de asuntos debe ser controlado judicialmente acudiendo para ello al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho64.

1. No obstante, ha admitido que la tutela procede cuando tal mecanismo judicial ordinario no resulta idóneo ni eficaz, a la luz de las circunstancias del accionante, para proteger los derechos que se estiman vulnerados65, tal como se deriva de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991.

1. La Sala constata que en el presente caso se satisface el requisito de subsidiariedad, pues si bien la accionante contaba con mecanismos judiciales para controvertir la legalidad del acto administrativo y obtener el restablecimiento de sus derechos, estos no resultaban idóneos de acuerdo con las particularidades de la actuación administrativa que se cuestiona

en sede constitucional, ni eficaces dadas las condiciones en que se encuentra la tutelante y a las especiales circunstancias del caso.

1. El mecanismo de defensa ordinario no es idóneo pues la cuestión trasciende la órbita del estudio de legalidad del acto administrativo. El medio de control no resulta idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales de la tutelante, dado que el asunto planteado trasciende la órbita del examen de legalidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo por el cual se dio por terminado su vínculo laboral. Si bien el medio de control de nulidad y restablecimiento permitiría reclamar el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir -desde el momento del retiro-, la vulneración de los derechos que alega la accionante no tiene como causa la ilegalidad de la actuación por medio de la cual se efectuó su desvinculación y se designó a la persona seleccionada para la prestación del servicio de etnoeducación en la Institución Educativa María Fabiola Largo del Municipio de Riosucio (Caldas). Esto es así, por las siguientes razones:

1. Cuando se impugna la legalidad de un acto administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es indispensable desvirtuar la presunción que lo ampara y aducir pruebas que así lo demuestren66. En el presente asunto la actora no cuenta con razones que, prima facie, le permitan desvirtuar la legalidad que ampara el acto de retiro del servicio, dado que la Secretaría de Educación debía atender la decisión de las autoridades indígenas de “adelant[ar] los trámites legales correspondientes para desvincular a la docente” 67, de acuerdo con el siguiente marco normativo:

1. En primer lugar, el artículo 2.3.3.5.4.2.6 del Decreto 1075 de 2015 dispone que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas o el Consejo de mayores “son autoridades competentes de las comunidades de los grupos étnicos para concertar la selección de los docentes con las entidades territoriales”.

1. En tercer lugar, los artículos 62 de la Ley 115 de 199471 y 2.3.3.5.4.2.7 del Decreto 1075 de 201572 imponen a las entidades territoriales el deber de atender las solicitudes que realicen la comunidades indígenas tendientes a designar a docentes que representen la participación del grupo étnico en la prestación del servicio educativo, de acuerdo con los compromisos adquiridos en el proceso de consulta previa llevado a cabo el 10 de diciembre de 2020, para el "nombramiento de etnoeducadores para los municipios del Departamento de Caldas".

1. En ese contexto, tras un análisis prima facie de la relación entre el acto administrativo que se cuestiona y las normas que dieron lugar a su expedición, no es posible inferir que este hubiese desconocido las mencionadas disposiciones y, por tanto, que sea susceptible de ser cuestionado con base en su presunta ilegalidad. Además, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el juez de lo contencioso administrativo no podría adoptar una medida cautelar para que la situación "se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante"73, dado que la medida entraría en tensión con el marco normativo previamente citado, que le imponía a la administración el deber de retirar del servicio a Ana Patricia Castaño Gálvez y, en su lugar, designar a Leidy Taba Motato, docente perteneciente al grupo étnico. Por tanto, las medidas cautelares previstas por el artículo 299 de la Ley 1437 de 2011 no serían aptas para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia74.

1. Así las cosas, la Sala advierte que la circunstancia que habilita la intervención del juez constitucional, "para efectos de garantizar una protección cierta y suficiente de los derechos constitucionales fundamentales, por medio de la acción de tutela"75, no se relaciona con la presunta ilegalidad del acto administrativo cuestionado, sino con la posible omisión de la Administración de haber actuado conforme a la Constitución y con los fines que le adscribe a la función administrativa.

1. En efecto, pese a la legalidad del acto administrativo cuestionado, la accionada se limitó a efectuar “una mera aplicación obligada de la norma”76, al no haber considerado que en presencia de un sujeto de especial protección constitucional el acto de retiro del servicio “debe acompasarse con las especiales consideraciones que envuelve la situación del sujeto de la medida administrativa”77. En estos términos, la entidad podría haber incurrido en un acto susceptible de vulnerar los postulados del Estado de Derecho78, al no haber apreciado las implicaciones de su actuación frente a la posible afectación de la dignidad humana y las garantías constitucionales de la actora79, a partir de las razones que expresó80 y, en ese escenario, no haber buscado alternativas que le permitieran aminorar los efectos adversos de la desvinculación, en especial, “lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas81”.

1. En consecuencia, en el presente asunto, el medio de defensa judicial existente no permite obtener, “en términos cualitativos”, la protección que el juez constitucional podría otorgar a la accionante82, de allí que se satisfaga la exigencia de subsidiariedad que el Constituyente le atribuyó a la acción de tutela.

1. El mecanismo de defensa ordinario no resulta eficaz, dado que la accionante se encuentra ante el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. Si bien la falta de idoneidad del medio de control constituye la circunstancia que, prima facie, justifica la intervención del juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales de la tutelante, la solicitud de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable, en los términos dispuestos por el artículo 6.1. del Decreto 2591 de 1991, pues el mecanismo ordinario no es eficaz “atendiendo a las circunstancias en que se encuentra [la] solicitante”83 y “conforme a las especiales circunstancias del caso”84. Esto es así, por las siguientes dos razones:

1. De un lado, pese a que la demanda de tutela se orienta al reintegro de la accionante, el asunto involucra la amenaza al derecho a su mínimo vital y al de su compañero permanente.

En efecto, en el trámite de revisión la actora informó que “ha presentado una condición económica muy desfavorable”85 y “un deterioro sistemático de su calidad de vida”86, pues desde la desvinculación del cargo de docente orientadora se encuentra desempleada y no cuenta con una fuente de ingreso estable, por lo que “debió recurrir a algunos ahorros, pagos de salario atrasados que recibió en septiembre de 2021 y solicitud de cesantías definitivas para poder subsanar los gastos como arrendamiento, servicios públicos, salud de ambos, alimentación entre otros” 87. Además, manifestó que tiene a cargo a su compañero permanente, quien es una persona de la tercera edad y se encuentra diagnosticado con cardiopatía isquémica, angioplastia con stents en DA y Cx, HTA y gastritis crónica, condición que “exige que deba estar medicado y con cuidados específicos” y que le implica “constantes gastos de salud”.

1. Por otro lado, de acuerdo con las circunstancias del caso, el medio ordinario resulta ineficaz para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales de la actora. En este asunto, las características propias del proceso que dio lugar a la desvinculación de la accionante permiten concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye un mecanismo eficaz para garantizar la protección constitucional en favor de una persona que alega ser cabeza de familia y prepensionada. Esto, por cuanto el Resguardo Nuestra Señora Candelaria de la Montaña afirmó que “se logró adelantar y concluir el proceso de consulta previa […] que finalizó, con el nombramiento en propiedad de docentes que siempre habían estado en provisionalidad, pertenecientes a 6 resguardos indígenas existentes en el departamento de Caldas, entre ellos el de La Montaña”88. En particular, precisó que el cargo que ocupaba la accionante en provisionalidad se encuentra provisto por Leidy Taba Motato, quien “llegó después de clausurada la etapa de evaluación a los docentes y docentes orientadores por [lo] cual su nombramient[o] no fue en propiedad. Se está coordinando con la SED, para agotar las etapas correspondientes, en un periodo breve y nombrarla en propiedad”89.

1. En consecuencia, de esperarse a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida la controversia, es probable que para el momento en que se produzca el fallo el cargo

del cual fue desvinculada la tutelante, así como las demás plazas de docentes orientadores en la institución indígena en que esta laboraba, se encuentren totalmente provistas.

1. Estudio de mérito del caso

1. Verificada la procedencia de la tutela, y antes de resolver el caso en concreto, la Sala se referirá a la normativa y jurisprudencia constitucional relacionada con (i) la garantía de autonomía y participación de los pueblos indígenas en la definición de su modelo educativo, (ii) los límites de los pueblos indígenas en la determinación de la planta de personal de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios, (iii) la protección constitucional al trabajo en favor de los prepensionados y las mujeres cabeza de familia y (iv) el alcance de la estabilidad laboral reforzada de los docentes nombrados en provisionalidad en instituciones educativas pertenecientes a territorios indígenas.

1. La garantía de autonomía y participación de los pueblos indígenas en la definición de su modelo educativo

1. De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución, los integrantes de los grupos étnicos cuentan con el derecho fundamental, “con enfoque diferencial”90, a una formación que respete y desarrolle su identidad. Con fundamento en este mandato, el Legislador reguló “la etnoeducación” como aquella “que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos”91.

1. Como parte del contenido de la etnoeducación, se ha reconocido (i) la prerrogativa de las comunidades étnicas de participar en la definición del modelo educativo y (ii) su derecho a

contar con un estatuto especial para los etnoeducadores.

1. La prerrogativa de las comunidades étnicas de participar en la definición de su modelo educativo. Dada la importancia de la educación de los grupos étnicos para afianzar su identidad92, el ordenamiento constitucional reconoce el derecho de participar en el proceso educativo para asegurar que la educación impartida corresponda a sus patrones culturales93. Es por esto que se prevén los siguientes dos mecanismos para asegurar la participación de la comunidad en la toma de decisiones relativas a su sistema educativo94:

1. En primer lugar, en virtud del principio general de participación (artículo 1º de la Constitución) y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (artículos 7 y 70 de la Carta), el sistema educativo especial de las comunidades indígenas debe ser consultado y concertado por medio de espacios como la consulta previa, la cual se ha considerado un derecho fundamental de estas95. Esto es así, pues la participación mediante la consulta previa resulta necesaria para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural, así como para asegurar la subsistencia de la etnia como grupo social96.

1. En segundo lugar, “el aval de reconocimiento”97 es un instrumento que otorga a la comunidad la posibilidad de decidir sobre la selección de los etnoeducadores, al constituir la autorización de las autoridades indígenas para que una persona se desempeñe como docente, luego de que se hubiese verificado que el elegido para la vacante en el territorio comunitario posee los conocimientos y capacidades suficientes para transmitir y preservar la identidad cultural de la comunidad98.

1. El derecho de los pueblos indígenas de contar con un estatuto especial para los etnoeducadores. El ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes99 de las comunidades étnicas no puede estar regulado de la misma forma en que está reglamentado

para el resto de la población100, pues este “se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos”101.

1. Si bien el legislador dispuso que la escogencia de educadores por parte de las autoridades competentes se realizaría en concertación con los grupos étnicos102 y que la selección se efectuaría teniendo en cuenta sus usos y costumbres103, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicadas104, mediante un concurso de méritos, lo cierto es que no dispuso un régimen especial que se ajustara a los requerimientos y características de los pueblos indígenas105.

1. De la ausencia de aquel estatuto especial se explica que no se hayan realizado concursos de méritos para que estos empleados ingresen definitivamente al servicio público de educación106, a pesar de que la regla general para el acceso al empleo público es el criterio del mérito107.

1. Ante tal omisión legislativa, esta Corporación ha sostenido que, hasta tanto se expida el correspondiente estatuto de profesionalización, como resultado del proceso de consulta en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas son las contenidas en la Ley General de Educación -Ley 115 de 1994- y demás normas complementarias -como el Decreto 804 de 1995-108. Además, ha adoptado los siguientes remedios jurisprudenciales para resolver el impacto negativo de la ausencia del citado estatuto:

1. Mediante la Sentencia SU-245 de 2021 ordenó al Ministerio de Educación Nacional, en diálogo con los pueblos indígenas, y hasta tanto el Congreso de la República expide la ley que desarrolle el Sistema Educativo Indígena Propio (luego de una consulta previa con las comunidades), adopte un sistema transitorio de equivalencias que permita a los etnoeducadores nombrados en propiedad gozar de los derechos propios de un escalafón

docente, entre estos, emolumentos, prestaciones sociales y vacaciones, “a partir de su experiencia y de una valoración del conocimiento respetuosa de la diferencia cultural”109.

1. Además, ordenó que hasta tanto el Ministerio de Educación construya el referido sistema transitorio de equivalencias, las secretarías de educación110 deben aplicar a los etnoeducadores nombrados en propiedad las normas contenidas en los artículos 8 a 11 del Decreto 2277 de 1979, modificado por el Decreto 85 de 1980, los artículos 55 a 56 de la Ley 115 de 1994, el Decreto 804 de 1995 y demás normas concordantes, “con el fin de que accedan a los derechos y prestaciones propios del escalafón docente definido en la normativa citada”111. Todo lo anterior, de manera concertada entre las secretarías departamentales de educación y los pueblos indígenas112.

1. Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido que, como consecuencia de los procesos de concertación, resulta válido que se acuerde, de manera transitoria, la aplicación de los siguientes criterios para realizar los nombramientos de los docentes indígenas en vacantes definitivas respecto de las cuales no se ha surtido un concurso de méritos113: (i) el consenso entre las autoridades competentes y los grupos étnicos acerca de la definición del sistema y la elección de los docentes; (ii) la existencia de un mandato específico de prevalencia de los miembros de los pueblos y comunidades en la selección; (iii) la preservación de la diversidad lingüística y el carácter bilingüe de la educación en los pueblos que conserven su idioma propio; (iv) la formación en etnoeducación y (v) la verificación de los conocimientos básicos del respectivo grupo étnico en el que se prestará el servicio, incluida su cultura, tradiciones y cosmovisión114.

2. En conclusión, dada la ausencia de una ley que regule el ingreso, la permanencia, el retiro y, especialmente, el concurso de méritos para proveer los cargos de docentes que ejercen sus funciones en territorios indígenas o que atienden población indígena115, el nombramiento de los etnoeducadores depende, de una parte, de la concertación con los pueblos indígenas y de las normas especiales sobre conocimiento de la etnoeducación y los idiomas o lenguas propias de los pueblos que las conservan116 y, de otra parte, de la posibilidad de las comunidades indígenas, en concertación con las secretarías distritales o

departamentales, de aplicar el estatuto docente contenido en el Decreto 2277 de 1979, en concordancia con las normas especiales sobre etnoeducación contenidas en los artículos 55 a 62 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto Reglamentario 804 de 1995117.

1. Con todo, como se precisa en el acápite siguiente, la prerrogativa de la comunidad étnica de proveer los cargos de docentes en vacancia definitiva en las instituciones educativas ubicadas en su territorios no es absoluta, pues, además de sujetarse a los parámetros anteriormente referidos, debe ajustarse al cumplimiento de los fines esenciales y sociales del Estado (artículos 1, 2 y 366 de la Carta), a la garantía del principio del mérito (artículo 125 superior) y al respeto de los derechos fundamentales de las personas que ocupan el cargo en provisionalidad (artículo 5 de la Constitución).

1. Los límites de los pueblos indígenas en la determinación de la planta de personal de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios

1. La cláusula de Estado de Derecho prevista en el artículo 1º de la Constitución impone a todas las autoridades, entre estas, las indígenas, la obligación de fundar sus actuaciones en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general. Esto significa para las comunidades indígenas el deber, derivado del texto constitucional, de proteger los derechos fundamentales tanto de su grupo étnico como de todos los integrantes del territorio nacional.

1. Este mandato constitucional es un “límite […] que trasciende cualquier ámbito autonómico de las autoridades indígenas”118 y se extiende, incluso, a la prestación del servicio público de educación especial, en el que la autonomía de los grupos étnicos no es absoluta.

2. En efecto, pese a que las autoridades indígenas pueden aplicar sus normas y procedimientos, dichas facultades deben respetar el mínimo de garantías constitucionales119. Es por esto que la autonomía de la comunidad en relación con la escogencia de los docentes de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios

encuentra un primer límite derivado del principio del mérito, como seguidamente se explica:

1. El empleo público es “el núcleo básico de la estructura de la función pública”, que comprende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, “con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”120. Es por esto que “los cargos públicos solo pueden crearse para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública”121. Así las cosas, el empleo debe contener, de una parte, la descripción funcional que permita identificar las responsabilidades exigibles a su titular y, de otra parte, el perfil de competencias requerido para ocuparlo. En cuanto a este este último aspecto, deben incluirse los requisitos de estudios y experiencia, y las condiciones para el acceso al servicio, elementos del perfil que deben ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo122.

1. Dado que “el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”123, el Constituyente dispuso que los empleos fueran ejercidos por servidores públicos capacitados y, por regla general, seleccionados en razón a sus méritos124.

1. El mérito es un mandato de optimización que busca que los fines esenciales del Estado, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución125, “se confíe[n] a personas idóneas en razón de sus conocimientos, experiencia, aptitudes y destrezas y, de esta manera, la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se desarrolle con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”126.

1. A pesar de que el principio del mérito ha sido tradicionalmente asociado al sistema de manejo de personal de carrera administrativa, la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato transversal, aplicable a todo empleo público y, en general, al ejercicio de las funciones públicas127.

1. Así las cosas, las autoridades indígenas y estatales128 deben asegurar a todas las personas la posibilidad de adquirir una educación en todos los niveles129, siempre a partir de la idea regulativa del “mejoramiento” de las condiciones de educación130. Esto solo es posible al considerar los principios que desarrollan la carrera administrativa en forma armónica con aquellos que inspiran el derecho a la educación de los pueblos indígenas.

1. Si bien los grupos étnicos cuentan con la posibilidad de escoger a los docentes que ocuparán las vacantes definitivas de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá131. Es por esto que aquella potestad está sujeta no solo al proceso de concertación con las autoridades estatales, sino vinculada a la realización del fin constitucional de brindar enseñanza en condiciones de calidad, pertinencia, equidad, eficiencia, eficacia y efectividad132 a todas las personas (con independencia de su condición étnica), tal como se deriva de lo dispuesto por los artículos 67 y 68 de la Constitución, de allí que para la realización de este mandato fiduciario prime el mérito en la provisión de los cargos docentes.

1. En este contexto, el mérito exige garantizar no solo que los docentes cuenten con aptitudes profesionales suficientes, sino que, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, que quien ocupe el empleo cuente con las capacidades generales para la transmisión de unos mínimos y, en particular, de la cultura, el idioma propio, la cosmovisión, la unidad de la cultura, reflejar la autonomía de los pueblos y asegurar su supervivencia física y cultural133.

1. En consecuencia, las autoridades indígenas deben evidenciar que la persona a designar tenga las más altas capacidades para garantizar la calidad del servicio educativo a prestar a los niños, niñas y adolescentes de la etnia, que no únicamente su pertenencia a la respectiva comunidad. Esto supone, por tanto, su deber de verificar que el integrante de la comunidad cuente con adecuadas competencias, conocimientos e idoneidad ética y pedagógica para el cargo134, en comparación con aquellas que acredita el empleado provisional que será desvinculado.

1. A su vez, la autoridad estatal competente, tras recibir la solicitud de nombramiento por parte de la autoridad indígena, debe validar que el docente seleccionado cumpla con los estándares mínimos para ocupar el empleo135, pues aun cuando las comunidades étnicas son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales136, "ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública"137.

1. Finalmente, el proceso de provisión del cargo con el miembro de la comunidad indígena designado para desempeñarse como etnoeducador no puede dar lugar a interrumpir de manera abrupta la prestación del servicio educativo. Así, por ejemplo, resultaría irrazonable que durante el calendario escolar se excluya del servicio a un docente a quien le sea retirado el aval por parte de la comunidad indígena, y se dé prelación a la autonomía y participación del grupo étnico en la distribución de su planta docente sobre el derecho a la educación y el interés superior de los menores, por una parte, y los derechos de los docentes. Por consiguiente, tanto las comunidades indígenas como las entidades estatales deben adoptar las medidas administrativas necesarias para prevenir la afectación del servicio educativo138.

1. La protección constitucional al trabajo en favor de los prepensionados y las mujeres cabeza de familia

1. La Constitución Política de 1991 incorporó la cláusula “Social” al modelo de Estado de Derecho con el propósito de asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Entre los principios, valores y fines constitucionales que le otorgan identidad y le permiten su realización, se encuentra el trabajo, “médula de la vida en sociedad” 139 y “eje primordial de la existencia humana”140.

1. Así, el trabajo constituye un factor básico de la organización y un principio constitucional, que no solo contribuye al desarrollo y dignificación de la persona sino al progreso de la sociedad141, de allí que su garantía exija condiciones dignas y justas142, es decir, “un entorno sin características humillantes o degradantes”143, teniendo en cuenta los principios mínimos fundamentales previstos por los artículos 13 y 53 de la Constitución144, entre estos, la igualdad, el mínimo vital y la estabilidad laboral.

1. La igualdad implica “el llamado expreso de la norma superior a que las relaciones entre las personas se desarrollen bajo el principio de solidaridad”145, de manera que las partes se reconozcan entre sí como sujetos de derechos constitucionales fundamentales, que quieren desarrollar su plan de vida en condiciones mínimas de dignidad. Para hacerlo, estas requieren apoyo del Estado y de los demás particulares, en especial, “en aquellas situaciones en las que la desigualdad material, la debilidad física o mental, o la falta de oportunidades, les imponen obstáculos mayores en la consecución de sus metas”146.

1. El mínimo vital constituye una expresión ius fundamental del Estado Social de Derecho y por su estrecha relación con la dignidad humana no se reduce a la satisfacción de necesidades básicas de la persona o su núcleo familiar para su subsistencia, sino que también permite alcanzar una vida en condiciones dignas147. De ahí que “se comprueba un grave atentado contra la dignidad humana cuando ‘el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de

concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia”148.

1. La estabilidad laboral es una garantía de origen Constitucional, que tiene sustento en los artículos 53 y 13 de la Constitución, último que establece la obligación del Estado de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Tiene por objetivo “impedir que en uso de las facultades legales que tiene el empleador para regular el funcionamiento de las relaciones laborales, abuse de dicho derecho y so pretexto de su ejercicio cometa actos de discriminación que contradicen los límites impuestos por los derechos fundamentales a dichas facultades”149. De esta manera, se concreta en formas “instrumentales-legales” que regulan el procedimiento para que el despido de una persona en situación especial de protección tenga validez jurídica, por lo que, si el procedimiento no se cumple, el acto resulta ineficaz al oponerse a la Constitución y la ley150.

1. Exigencias relacionadas con la protección constitucional a favor de los prepensionados. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son prepensionados aquellas personas que dentro de los tres años siguientes a la supresión del cargo o desvinculación estarían próximas a acreditar el requisito del número de semanas de cotización necesarios para obtener la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1. En estos casos, el requisito faltante lo constituye la densidad de semanas o el capital indispensable para ser acreedor a la pensión de vejez. A diferencia de estos, no son beneficiarios de esta forma de estabilidad laboral quienes únicamente tengan pendiente por satisfacer el presupuesto de edad, dado que se cumple con el número mínimo de semanas de cotización151, o cuando la persona cuenta con la edad, pero le falten más de tres años de

aportes para consolidar su derecho pensional.

1. Además, para que opere esta garantía no basta con acreditar la mera calidad de prepensionado por contar con la edad y el rango de semanas indicado, “ya que se requiere, además, que su desvinculación ponga en riesgo sus derechos fundamentales como el mínimo vital, dada la edad en que se encuentra quien es retirado del mercado laboral, por las dificultades en que queda para obtener su sustento y el de su familia”152.

1. En conclusión, la garantía de prepensión se orienta a amparar al trabajador ante un riesgo cierto, actual e inminente que impide la consolidación de su derecho pensional, al estar sujeto a la realización de cotizaciones adicionales (e inferiores a 150 semanas) al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

1. Exigencias relacionadas con protección constitucional a favor de la mujer cabeza de familia. La protección especial a favor de las mujeres cabeza de familia se deriva tanto del artículo 13 de la Constitución, que dispone el deber de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, como de su artículo 43, que prevé el deber especial de apoyar a estas personas y a su grupo familiar, “en consideración a la difícil situación a la que deben enfrentarse al asumir de forma solitaria las tareas de crianza y de sostenimiento […], permitiéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos”153.

1. Esta garantía constitucional debe valorarse a partir de las disposiciones legales que definen la condición de “cabeza de familia”. De un lado, la Ley 82 de 1993154 dispone que la mujer podrá asumir la jefatura del hogar155 y, por tanto, adquirir la condición de cabeza de familia cuando “siendo soltera o casada, [tenga] bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas […], ya sea por ausencia

permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”156. De otra parte, el artículo 1º del Decreto 190 de 2003157 define a la “madre cabeza de familia sin alternativa económica” como aquella “mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”158.

1. De acuerdo con una interpretación sistemática de estas disposiciones, la categoría de “cabeza de familia” no sólo comprende a la madre que asume el cuidado de sus hijos menores o en situación de discapacidad159, sino que se extiende a aquella mujer de quien dependen otras personas que, por causa debidamente comprobada, se encuentran incapacitadas para trabajar160; entre estas, incluso, el cónyuge o compañero permanente161. Tal como lo ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esta es la interpretación que “preserva el especial interés del Estado de proteger a los núcleos familiares que dependen de un único ingreso”162.

1. Dado que “no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar”163, dar cuenta de esta condición depende, no de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran164. Es por esto que quien aduce ser beneficiaria de esta forma de estabilidad laboral reforzada debe acreditar las siguientes exigencias, de manera suficiente y oportuna165:

1. Primero, que tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de personas incapacitadas para trabajar166.

1. Segundo, que la responsabilidad sea exclusiva, por cuanto no recibe ayuda alguna por

parte de los demás miembros de la familia o, en caso de recibirla, exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva y solitaria de la madre167.

2. Tercero, que la responsabilidad sea de carácter permanente, derivada, (i) no solo de la ausencia o abandono del hogar por parte de la pareja, sino por constatarse que aquella se sustrae del cumplimiento de las obligaciones que tal condición exige, o (ii) porque la pareja no asume la responsabilidad que le corresponde por algún motivo relacionado con una incapacidad física, sensorial, síquica o mental, "ó, como es obvio, por la muerte"168.

1. En relación con esta última exigencia, tal como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, debe existir una auténtica sustracción de la pareja de sus obligaciones, el abandono del hogar o una condición de incapacidad física, síquica y mental de tal intensidad que le impida aportar al hogar169. Precisamente, la circunstancia de desempleo, la vacancia temporal o la ausencia transitoria, "por prolongada y desafortunada que resulte", no constituyen elementos a partir de los cuales pueda afirmarse que la madre tiene la responsabilidad exclusiva del manejo de su hogar"170. En consecuencia, al existir otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo por parte del cónyuge o compañero permanente de la mujer no constituye un elemento que prima facie le otorgue la condición de cabeza de familia171.

1. Es por estas razones que la estabilidad laboral reforzada en favor de las personas prepensionadas y las mujeres cabeza de familia no constituya una protección absoluta ni automática. El Estado-empleador puede proceder al retiro del servicio con fundamento en razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, entre estas, la necesidad de proveer el cargo con el ganador de un concurso de méritos o, en el caso que nos ocupa, la designación de un integrante del grupo étnico, por solicitud expresa de la comunidad, previa verificación de las condiciones de idoneidad y tras haberse surtido un proceso de consulta previa para la determinación de la planta docente de la institución educativa ubicada en territorio indígena, como se pasará a explicar.

1. El alcance de la estabilidad laboral reforzada de los docentes nombrados en provisionalidad en instituciones educativas pertenecientes a territorios indígenas

1. En materia de empleo público, la discrecionalidad de la facultad de vinculación y retiro de los empleados provisionales no es sinónimo de arbitrariedad172 ya que las actuaciones de las autoridades administrativas deben orientarse a cumplir los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución173, así como reflejar "la realización de los valores jurídicos que el sistema ha diseñado con antelación"174.

1. El nombramiento del empleado provisional genera un vínculo precario con el Estado175, por lo que puede ser removido con base en causales objetivas que han de responder a "situaciones relacionadas con el servicio prestado"176 o con "la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos"177. De allí que la Administración deba motivar el acto administrativo de retiro del servicio, de tal forma que dé a conocer las razones específicas de la determinación178, es decir, hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho179 que sustentaron la decisión180.

1. En aquellos casos en que la provisión del cargo tiene como causa la culminación de un concurso de méritos, o en los sistemas educativos indígenas el cumplimiento de los lineamientos fijados mediante el proceso de consulta previa, (i) el buen desempeño no otorga al empleado en provisionalidad los derechos propios de la carrera y, por consiguiente, (ii) no genera expectativas de permanencia indefinida, ni siquiera para sujetos de especial protección constitucional181. Esto es así, por las siguientes razones:

1. De una parte, el buen desempeño en el empleo público “es lo que cabe esperar del funcionario y, por lo tanto, ello no genera fuero de estabilidad [alguno]”182. En otras palabras, “la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor comporta un deber para el ejercicio del cargo y no, en principio, un fuero o condición excepcional del servidor”183.

1. Es por esto que la idoneidad profesional, la antigüedad en el servicio público y la ausencia de sanciones disciplinarias no restringen la facultad de la Administración de determinar la conformación de sus plantas de personal. Esto no significa que al momento de la desvinculación le sea dado dejar de considerar las calidades profesionales del empleado provisional que será retirado frente a aquellas que acredita aquel que será vinculado luego de agotar el respecto concurso de méritos184 o de surtirse la designación preferente por parte de las comunidades indígenas185. Esto es así, ya que, la decisión de desvinculación debe inspirarse en la garantía del mérito y el interés general186, pues “son las razones del buen servicio las que deben primar constantemente en el desarrollo de la administración”187.

1. De otra parte, la calidad de sujeto de especial protección constitucional del funcionario que ocupa un cargo en provisionalidad no es constitutiva de un derecho a permanecer de manera indefinida en el empleo. En otros términos, si bien, de la garantía al trabajo en condiciones dignas y justas se deriva una protección especial a favor de estas personas188, la estabilidad laboral que les ampara no es absoluta.

1. En especial, de aquella condición diferencial, constitucionalmente relevante, se ha derivado el deber estatal de garantizarles un trato preferencial, como medida de acción afirmativa, derivado de la cláusula de Estado Social de Derecho y de los principios previstos por los artículos 13 y 53 de la Constitución189. Esto, por cuanto el Estado, en su calidad de empleador, adquiere con las personas que le prestan sus servicios, con independencia de su

modalidad, “una relación relevante a la luz de la Constitución”190, que supone “el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran”191.

1. Esta consecuencia también se extiende a los procesos de conformación de las plantas docentes de las comunidades indígenas, de allí que sea exigible del Estado un deber “de socorrer a quien padece la necesidad”192 y procurar, en la medida de lo posible, la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional. Este actuar diligente de la Administración se concreta en la implementación de las siguientes acciones:

1. Primero, asegurar que estas personas sean las últimas en ser desvinculadas. Ante la inminente provisión de los cargos, la entidad debe propender que la vinculación de estos servidores se prolongue hasta tanto concluya el proceso para nombrar en propiedad a los empleados que ocuparán las vacantes en forma definitiva193. Para ello, debe adoptar planes y programas de reubicación que tengan en consideración los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección, quienes, al perder el empleo, podrían ver afectadas prerrogativas como su mínimo vital y seguridad social194.

1. Según precisó esta Corporación en la Sentencia SU-691 de 2017195: (i) la entidad tiene el deber de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público sujeto de especial protección, si cuenta con un margen de maniobra derivado de la existencia de vacantes para la provisión de empleos de carrera, en razón a la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles196; (ii) en caso de que no cuente con tal margen de maniobra, la entidad debe orientar su actuación a que estos servidores sean los últimos en ser retirados de los cargos197.

1. Segundo, de ser fáctica y jurídicamente posible, debe realizar una oferta de empleos a los beneficiarios de la protección. En el evento en que no sea posible mantener la vinculación de los sujetos de especial protección hasta tanto concluya el proceso de nombramiento con las

personas llamadas a ocupar el cargo, la protección especial se concreta en un “derecho preferencial a acceder a un empleo público que esté disponible”, mediante una oferta para ingresar a un cargo, de ser posible, con funciones, tareas y responsabilidades similares al desempeñado al momento de la desvinculación198, de existir la vacante y siempre y cuando demuestren, tanto para el momento del retiro como para el momento del posible nombramiento, la condición que dio lugar a la protección199. Lo dicho no supone el deber de la entidad de reintegrar o reubicar al empleado provisional en un cargo de igual rango o remuneración al que ocupaba, ni del deber jurídico de garantizarle indefectiblemente el acceso a un empleo200.

1. Tal como lo señaló la Sala Plena en el Auto 111 de 2019, al precisar el contenido del derecho preferencial reconocido a los beneficiarios de la orden trigésima de la Sentencia SU-377 de 2014201, el enfoque del “derecho a una protección y apoyo especial (por ejemplo, en materia de empleo)” es equivalente al derecho a contar con una actuación administrativa del Estado que persiga hacer realizable ese derecho preferencial, “mediante la gestión para procurar su reingreso al sistema de empleo público, aun si tal objetivo no puede ser satisfecho de inmediato y con una única acción”202.

1. El ámbito de ejecución de este deber involucra tres elementos: (i) un método, (ii) un plan y (iii) una finalidad, todos ellos circunscritos al marco de competencias que en materia de empleo público tengan las entidades encargadas de su ejecución. Además, en el evento en que sea posible la reubicación en un nuevo empleo, esta medida no es indefinida ni está amparada por una nueva estabilidad laboral, pues los beneficiarios deben presentarse al concurso de méritos respectivo, en caso de que la vacante a ocupar así lo requiriera203.

1. En los términos anteriores, la garantía que surge para los sujetos de especial protección constitucional en estos supuestos es la de obtener, por parte de las entidades respectivas una gestión de buena fe, intensa, integral y coherente, orientada a garantizar, en la medida de sus circunstancias y conforme a la disponibilidad de cargos, su estabilidad en el empleo.

1. Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que los procesos de definición de las plantas de docentes de las comunidades indígenas que impliquen el retiro de personas en provisionalidad son compatibles con la Constitución siempre que (i) no se lleven a cabo de forma arbitraria por las citadas autoridades e (ii) implican el deber para la Administración de adoptar medidas afirmativas en favor de los sujetos de especial protección constitucional que, por sus condiciones especiales, puedan tener dificultades desproporcionadas para encontrar un nuevo empleo o para quienes la terminación del vínculo podría conllevar una grave afectación para su subsistencia y la de su núcleo familiar.

1. Solución del caso concreto

1. La Sala constata que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada de la tutelante, por dos razones: primero, la terminación del nombramiento provisional en vacante definitiva de Ana Patricia Castaño Gálvez, como docente orientadora en la Institución Educativa María Fabiola Largo del municipio de Riosucio (Caldas), se dio mediante un acto administrativo motivado, con fundamento en el retiro del aval y solicitud expresa de las autoridades indígenas, luego de que se hubiese surtido el proceso de consulta previa para determinar la conformación de la planta de docentes del territorio étnico. Segundo, la accionante no es beneficiaria de la protección especial dispuesta para las personas prepensionadas y mujeres cabeza de familia, dado que no acredita las condiciones requeridas y, por tanto, la Secretaría de Educación no infringió su deber de procurar alternativas para proteger la estabilidad en el empleo de un sujeto de especial protección constitucional.

1. La terminación del nombramiento provisional de la tutelante se dio mediante un acto administrativo motivado, con fundamento en el retiro del aval y la solicitud expresa por parte

de las autoridades indígenas

1. La Sala observa que la entidad accionada (i) cumplió con el deber de motivar el acto administrativo de retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad y (ii) dio por terminada la vinculación laboral con base en una razón objetiva, consistente en el retiro del aval y la solicitud expresa de las autoridades del resguardo de desvincular a la tutelante del cargo, luego de que esta verificara de manera adecuada las condiciones de la docente a nombrar en el citado cargo.

1. En primer lugar, el acto de retiro del servicio contiene una motivación razonable y, por tanto, no se evidencia la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado con la presunta condición de prepensionada y cabeza de familia alegada por la tutelante. Por el contrario, la accionada expuso de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales prescindió de los servicios de la actora. Esto es así pues el acto administrativo cuestionado contenía los fundamentos normativos y fácticos que sustentaron la decisión, con lo que se satisface la garantía de legalidad, publicidad y debido proceso204.

1. En efecto, mediante la Resolución 2481-6 del 28 de mayo de 2021, “por medio de la cual se da por terminado un nombramiento provisional en vacante definitiva”, la Secretaría de Educación sustentó la decisión de desvinculación en el marco normativo que regula la selección y provisión de empleos de etnoeducadores. En particular, hizo referencia a los artículos 62 de la Ley 115 de 1995 y 2.3.3.5.4.2.7. del Decreto 1075 de 2015 que facultan a las autoridades y grupos étnicos, de manera concertada, para seleccionar los educadores que laboren en los territorios indígenas, preferiblemente con miembros de las comunidades en ellas radicados.

1. Además, puso en conocimiento de la tutelante que mediante oficio de 19 de mayo de 2021

“las autoridades indígenas del resguardo La Montaña, decidieron retirar el aval” para que continuara desempeñándose como etnoeducadora y solicitaron “se adelanten los trámites legales correspondientes para desvincular a la docente ANA PATRICIA CASTAÑO GÁLVEZ”, con base en que, “dentro de los varios requisitos que deben llenar nuestros docentes, está el de pertenecer a la Parcialidad de La Montaña, acreditado con el censo de población, condición que no ostenta […]”. Según informaron las autoridades del resguardo y así se consignó en el acto administrativo cuestionado, la decisión del retiro del aval que dio lugar a la desvinculación fue oficializada “en una asamblea realizada el 19 de abril de 2021” a la cual asistió la tutelante.

1. Con fundamento en lo anterior, la accionada “consider[ó] pertinente dar por terminado el nombramiento en provisionalidad en vacante definitiva a la señora Ana Patricia Castaño Gálvez, docente orientadora adscrita a la Institución Educativa María Fabiola Largo del municipio de Riosucio”.

1. Así las cosas, la Sala evidencia que el acto administrativo cuestionado no obedeció a una actuación arbitraria de la Secretaría de Educación, sino que atendió a la ejecución de una decisión adoptada por el resguardo.

1. En segundo lugar, la entidad accionada dio por terminada la vinculación laboral de la tutelante con fundamento en una razón objetiva, consistente en el retiro del aval y la solicitud expresa de la comunidad indígena de desvincular a la actora del cargo, luego de que esta verificara de manera adecuada las condiciones de la docente a nombrar en el citado cargo. En ejercicio de la prerrogativa de los pueblos étnicos para definir de manera concertada con las autoridades estatales los procedimientos para nombrar a los docentes indígenas en las vacantes definitivas de las instituciones educativas de sus territorios (como se indicó supra), el 10 de diciembre de 2020 “se logró adelantar y concluir […] con la

intervención del Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa, el Ministerio de Educación y la SED por parte del gobierno”208, un proceso de consulta previa en el marco del proyecto denominado “nombramiento de etnoeducadores para los municipios del departamento de Caldas”.

1. En desarrollo de este proceso se determinó “el nombramiento en propiedad de docentes que siempre habían estado en provisionalidad, pertenecientes a los 6 resguardos indígenas existentes en el departamento de Caldas, entre ellos el de La Montaña”209. Para tal efecto, “cada uno de los resguardos indígenas diseñó el instrumento basado en los componentes comunitario, pedagógico y político-organizativo, este fue aplicado y con base en ello los etnoeducadores que obtuvieron un puntaje superior a 65 puntos fueron avalados para el nombramiento”210.

1. Entre los criterios fijados para la provisión de las vacantes definitivas de etnoeducadores en propiedad se dispuso la pertenencia a la comunidad indígena. Es por esto que “dentro de[l] proceso de consulta que se hizo con la Secretaría de Educación y el Ministerio de Educación […], para nombrar en propiedad a los etnoeducadores indígenas, no se pudo incluir a la accionante”211, al no acreditar la calidad de indígena embera. En consecuencia, las autoridades del resguardo retiraron el aval a la tutelante para continuar desempeñándose como docente orientadora en provisionalidad.

1. Así las cosas, la actuación de la Secretaría de Educación se ajustó al marco legal dispuesto por la Ley 115 de 1994, la Ley 715 de 2001 y el Decreto 1075 de 2015 que regula el proceso de determinación del sistema educativo especial de la etnoeducación, que le impide actuar en contra de los criterios adoptados mediante el proceso de consulta previa realizado para proveer las vacantes definitivas de docentes de las instituciones educativas ubicadas en los territorios indígenas.

1. Precisamente, (i) dado el retiro del aval a la accionante, (ii) que las autoridades indígenas solicitaron de manera expresa “se adelanten los trámites correspondientes para desvincular a la docente ANA PATRICIA CASTAÑO GÁLVEZ”212 y (iii) que en el cargo vacante se nombraría a una integrante de la comunidad étnica que hubiese superado el puntaje mínimo definido en el instrumento derivado de la consulta previa realizada con la intervención del Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa, el Ministerio de Educación y la secretaría de educación departamental, la accionada no podía desplegar una conducta distinta a la de ejecutar la decisión del resguardo, en virtud de los compromisos adquiridos con este en el marco del proceso de concertación. Un actuar contrario hubiese sido lesivo de los derechos fundamentales del grupo étnico a la autonomía y participación en las decisiones que los afectan en materia educativa213.

1. Sobre este punto, la Sala debe hacer énfasis en que, a pesar de que la educación de los pueblos indígenas es “un servicio público obligatorio con función social”214 y “un derecho de aplicación inmediata”215, respecto del cual “el deber estatal de otorgarlo es impostergable”216, la pertenencia al grupo étnico no constituye el criterio determinante para derivar la preferencia en la provisión del cargo. Como se señaló de manera previa, la decisión de la Administración debe de orientarse al logro del principio del mérito y la finalidad del buen servicio.

1. En el presente asunto, el logro de estas finalidades se consideran satisfechas, en la medida en que Leidy Johana Taba Motato fue designada como docente de la Institución Educativa Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, no solo con base en su pertenencia a la comunidad indígena, sino en consideración a que acreditaba “el perfil organizativo y comunitario”217, a que demostraba “suficiencia en los contenidos académicos, comunitarios y organizativos”218, contaba con título profesional en psicología y evidenciaba la experiencia requerida para el cargo219, por lo que, según manifestó el Resguardo, “llena todos los requisitos exigidos tanto por la ley ordinaria como por los usos y costumbres propios”220.

1. Finalmente, cabe precisar que si bien el juez de primera instancia consideró que el acto de retiro del servicio carecía de motivación, por cuanto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado221 en concepto 2176 de 2014 indicó que “el solo hecho de que un educador indígena ya no cuente con el aval de su comunidad no debe afectar su permanencia en el servicio, siempre que la calificación de su desempeño sea satisfactoria, como lo establece el artículo 37 de la Ley 909 de 2004”, el pronunciamiento en que el a quo sustentó su decisión se circunscribe a un escenario distinto al que originó el presente debate constitucional y, por tanto, no era aplicable.

1. Precisamente, la garantía de que la ausencia del aval no afecte la permanencia en el servicio de que trata el referido concepto alude, de una parte, a los “educadores indígenas” nombrados en propiedad, esto es, a integrantes del grupo étnico; de otra parte, al evento en que se aduzca el retiro del aval como circunstancia exclusiva y suficiente para la desvinculación. En el sub iudice el retiro del servicio se dio respecto de una docente provisional, que no tenía la condición de indígena. Además, el retiro del aval se dio luego de que se adelantó un proceso de consulta previa en el que se fijó como condición para el desempeño del cargo hacer parte del grupo étnico, calidad que la actora no acreditó, además de que las calidades de la docente que fue posteriormente nombrada fueron compatibles con la garantía del principio del mérito y, por tanto, con la finalidad del buen servicio, que debe orientar la prestación del servicio público educativo.

1. De acuerdo con todo lo expuesto, la actuación de la Secretaría de Educación se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, en la medida en que la accionada tenía el deber legal de retirar del servicio a la tutelante y designar en la vacante definitiva como etnoeducadora a la docente seleccionada por la comunidad indígena. Por tanto, el desconocimiento de los derechos fundamentales alegados por la tutelante no se deriva del acto administrativo de retiro del servicio.

1. Por consiguiente, de acreditarse que la actora ostenta la condición de prepensionada y mujer cabeza de familia se concretaría la vulneración de los derechos fundamentales alegados, dada la omisión de la entidad de haber cumplido con su deber de “rodear de especiales circunstancias de cuidado y favor, de estímulo y apoyo, de garantía y respeto y de realce y exaltación, el trabajo humano dentro de los marcos sociales e individuales en los que se ubica”222 y, en consecuencia, haber procurado alternativas para la estabilidad en el empleo de la tutelante.

1. La accionante no es beneficiaria de la protección especial en favor de las personas prepensionadas y mujeres cabeza de familia

1. A partir de la fundamentación normativa y jurisprudencial contenida en el título 4 supra, no se evidencia que la tutelante (i) tenga la calidad de prepensionada (ii) como tampoco acredita ser mujer cabeza de familia.

1. (i) La accionante no es prepensionada. De acuerdo con la historia laboral aportada por Porvenir S.A., para el 29 de septiembre de 2021 la actora contaba con 591.43 semanas cotizadas223 de las 1.150 exigidas para la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Es decir, le hacen falta más de 150 semanas -más de tres años de aportes- para cumplir con el número mínimo de semanas que le permita acceder a la pensión de vejez en el régimen privado. Además, si en gracia de discusión se contabilizara el tiempo de servicios presuntamente prestado por la tutelante como docente oficial, entre el mes de marzo de 2015 y el mes de agosto de 2021224, ello representaría un aproximado de 334,62 semanas225, para un total de 926,02 semanas, que tampoco le otorgan la condición de prepensionada226.

1. En consecuencia, en los términos de la Sentencia SU-003 de 2018, la tutelante no es beneficiaria de la protección a que se ha hecho referencia, al no encontrarse en el periodo

denominado como de “pre-pensión”, pues si bien se encuentra en la edad de pensión -57 años-, al momento del retiro del servicio le restaba acreditar más de 150 semanas o más de tres años de aportes para acceder al derecho a la pensión de vejez.

1. Adicionalmente, se advierte que en el trámite de agotamiento de la vía administrativa la actora no aportó pruebas que dieran cuenta de su condición de prepensionada, a pesar de que así le fue solicitado por la Secretaría de Educación para contar con los elementos probatorios que le permitieran decidir acerca del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021. Por tanto, la entidad accionada no tenía la posibilidad de verificar que la tutelante acreditara la condición que le otorgaba una especial protección en el empleo. De ahí que no sea posible atribuirle la vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante, en relación con esta garantía de estabilidad laboral reforzada.

1. (ii) La accionante no acredita la condición de mujer cabeza de familia. Si bien la actora manifestó tener bajo su cuidado y protección a su compañero permanente, “quien en la actualidad tiene 72 años, está desempleado y tiene diversas afectaciones de salud[,] algunas desde hace varios años, lo cual requiere de controles periódicos y tratamiento con medicamentos”227, la Sala observa que la tutelante no satisface las exigencias normativas y aquellas identificadas por la jurisprudencia constitucional para ser considerada como mujer cabeza de familia, como se pasa a exponer:

1. Primero, la actora no tiene a cargo la responsabilidad de una persona incapacitada para trabajar. La accionante manifestó que “en el momento ni su pareja ni ella, cuentan con trabajo, a pesar de su búsqueda y necesidad de ello”. Para sustentar sus afirmaciones, en el trámite de revisión aportó la declaración juramentada de su hijo, el señor Juan Sebastián Morales Castaño, en la que afirma que “Carlos Alberto Betancourt Javela depende económicamente y para todos sus gastos de manutención de Ana Patricia Castaño Gálvez, toda vez que […] tiene graves afecciones en su salud, además en la actualidad se encuentra

desempleado”.

1. Con todo, de los medios de prueba que obran en el expediente la Sala encuentra acreditado que el señor Carlos Betancourt Javela se desempeña como trabajador independiente y que, a pesar de las patologías de “cardiopatía isquémica”, “angioplastia con stents en DA y Cx”, “DM tipo 2” y “gastritis crónica”, no se encuentra incapacitado para trabajar, por las siguientes razones:

1. De un lado, en sede de revisión la actora señaló que “la profesión del cónyuge […] es psicólogo y algunas veces, de manera esporádica realiza de manera virtual ayuda o consulta psicológica a personas que lo buscan, pero el pago de las mismas no sobrepasa los setenta mil pesos”228.

1. De otro lado, según el certificado de afiliación y planillas de pago de aportes allegadas por la ARL Positiva en el trámite de revisión, el señor Carlos Alberto Betancourt Javela se encuentra afiliado al Sistema de Riesgos Laborales con “tipo de vinculación: independiente”, “empleador: NI899999995 independiente contratante no afiliado (Decreto 723/2013), con ‘fecha última cobertura: 01/01/2022’, fecha de retiro ‘31/07/2022”229 y con cobertura de “clase de riesgo: 2”. Así mismo, registra cotizaciones como trabajador “independiente con contrato de prestación de servicios superior a 1 mes”, de manera continua, desde el ciclo “201702” al “202203”.

1. Por último, se encuentra afiliado al Sistema de Salud como cotizante en el régimen contributivo a la EPS Sura, y la Fiduprevisora230 certificó que “durante la fecha de vinculación de la señora Ana Patricia Castaño Gálvez al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG como docente, NO se registró como beneficiario de los servicios de salud al señor Carlos Alberto Betancourt Javela […]”231.

1. Segundo, la tutelante no tiene a su cargo la responsabilidad exclusiva del hogar. La Sala encuentra acreditado que la actora recibe ayuda económica por parte de los demás miembros de su familia y, por tanto, el ingreso familiar no depende única y exclusivamente de ella. Por tanto, no se evidencia que la accionante sea la única proveedora de los recursos económicos necesarios para atender la congrua subsistencia de su núcleo familiar, por cuanto:

1. De una parte, la actora recibe el apoyo económico de su hijo. Esto es así, ya que la accionante manifestó que "ha recibido algunas veces apoyo de su hijo Juan Sebastián Morales Castaño, quien vive en la ciudad de Bogotá, aportándole sumas diferenciales en algunos meses del año, sumas que oscilan entre los setecientos mil y ochocientos mil pesos […]"232. Agregó que "su hijo tiene a cargo como se ha mencionado la manutención integral de su señor padre, lo que genera tropiezos a la hora de hacerse cargo de su madre y aun del cónyuge de la misma"233.

1. De otra parte, la actora recibe apoyo económico de su compañero permanente. En el trámite de revisión afirmó que "durante la convivencia con él, [su pareja, Carlos Alberto Betancourt,] han compartido los gastos de la vida cotidiana" y que, cuando de manera esporádica realiza consultas psicológicas, genera un aporte que "no es constante y cuando se efectúa no es más de doscientos mil pesos o menos"234.

1. Tercero, la accionante no asume la responsabilidad permanente del hogar, pues no se acredita la sustracción de deberes por parte de su pareja. La Sala constata que la actora no asume de manera solitaria y permanente la responsabilidad social y afectiva del hogar, dado que no existe una sustracción a los deberes del hogar por parte de su compañero permanente. En efecto, según indicó la tutelante: "por parte de su cónyuge, económicamente a veces percibe una ayuda, […] de manera moral, afectiva desde que se presentó su desvinculación laboral, ha estado dándole [á]nimo de que las cosas saldrán bien y como psicólogo la apoya mucho en la parte emocional, ya que ha venido decayendo a raíz

de esta situación”235.

1. De acuerdo con lo expuesto, en el presente asunto la accionante no acredita la condición de mujer cabeza de familia y, por tanto, no es beneficiaria de la protección especial en el empleo.

1. Finalmente, a pesar de que en el sub iudice la accionada no vulneró los derechos fundamentales de la tutelante, la Sala observa que la Secretaría de Educación dejó de pronunciarse acerca del “fuero de cabeza de familia” enunciado por la actora en el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021. Tal omisión no da lugar al reintegro de la tutelante, como lo consideró el juez de tutela de primera instancia, pues la actora no ostenta la calidad de mujer cabeza de familia; sin embargo, la entidad no podía dejar de cumplir con el deber de valorar si la accionante cumplía con las calidades exigidas para ser beneficiaria de medidas afirmativas. Por tanto, la Sala llama la atención a la Secretaría de Educación para que, en lo sucesivo, cumpla con el deber legal que recae en ella de analizar con especial cuidado la situación de personas que aleguen encontrarse en condición de vulnerabilidad en los procesos de provisión de los cargos de la planta de etnoeducadores de los territorios indígenas y, previa acreditación de tal circunstancia, prevea los mecanismos que corresponda para evitar la afectación de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional.

1. Síntesis de la decisión

1. La Sala encontró acreditados los requisitos de procedencia de legitimación, inmediatez y subsidiariedad. Al resolver el fondo del asunto, constató que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no vulneró los derechos fundamentales de la actora, por cuanto (i) la terminación del nombramiento provisional se dio mediante un acto administrativo motivado, con fundamento en el retiro del aval y solicitud expresa de las autoridades

indígenas, luego de que se hubiese surtido un proceso de consulta previa para determinar la conformación de la planta de docentes de los territorios étnicos, y que (ii) la accionante no era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada en favor de los sujetos de especial protección constitucional, pues (a) no acreditó la condición de prepensionada, esto es que no le faltaban más de 3 años o 150 semanas de cotización para acceder al derecho pensional y (b) no demostró la condición de mujer cabeza de familia, al no evidenciarse que tiene a su cargo la responsabilidad de una persona incapacitada para trabajar y que asume la responsabilidad del hogar de manera exclusiva y permanente.

1. Finalmente, la Sala llamó la atención a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que en los procesos de provisión de los cargos de la planta de etnoeducadores de los territorios indígenas prevea las acciones afirmativas que corresponda para garantizar los derechos fundamentales de quienes acrediten ser sujetos de especial protección constitucional.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el expediente T-8.488.881.

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales (Caldas), el 2 de noviembre de 2021, que modificó el fallo dictado por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Manizales (Caldas) el 7 de octubre de 2021. En consecuencia, NEGAR el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, debido proceso, trabajo, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada de la señora Ana Patricia Castaño Gálvez.

Tercero. ADVERTIR a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para que, en lo sucesivo, cumpla con el deber legal que recae en ella de analizar con especial cuidado la situación de personas que aleguen encontrarse en condición de vulnerabilidad en los procesos de provisión de los cargos de la planta de etnoeducadores de los territorios indígenas y, previa acreditación de tal circunstancia, prevea los mecanismos que corresponda para evitar la afectación de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección constitucional.

Cuarto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Expediente digital. Cuaderno “03EscritoTutela (5).pdf”, fls. 1-19.

2 Nombramiento efectuado mediante Resolución No. 2705-6 del 31 de marzo de 2015.

3 Expediente digital. Cuaderno “05Resolución2705-6.pdf”, fls. 1-3.

4 Resguardo Indígena perteneciente a la comunidad Embera Chamí.

5 Expediente digital. Cuaderno “79ContestaciónResguardoIndigena.pdf”, fl. 2.

6 Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de

Caldas.

8 Derecho de petición del 30 de abril de 2021, fls. 1-2.

9 Mediante oficio UAF-RH-0163 del 2 de junio de 2021. Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

10 Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021, notificada el 31 de mayo del mismo año. Expediente digital. Cuaderno “37NotificaciónResolución3.pdf”, fl. 1.

11 Expediente digital. Cuaderno “26DaPorTerminadoNombramientoProvisionalDocente.pdf”, fls. 1-3.

12 Expediente digital. Cuaderno “27RecurosReposición.pdf”, fls. 1-13.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Mediante Resolución No. 3362-6. Requerimiento efectuado mediante oficio UAF-RH-0294. Expediente digital. Cuaderno “33PideAllegarPrubaDePrepesionada.pdf”, fl. 1.

16 Mediante escrito del 28 de julio de 2021.

17 Notificada el 18 de agosto de 2021.

18 Expediente digital. Cuaderno “29ResuleveRecursoReposición.pdf”, fls. 1-13.

19 Expediente digital. Cuaderno “79ContestaciónResguardoIndigena.pdf”, fl. 3.

20 Expediente digital. Cuaderno “88CertificaciónRecursosHumanos.pdf”, fl. 1.

21 Folio 1 de la Resolución 2536-6 del 1 de junio de 2021.

22 Según informó el Resguardo, Leidy Taba Motato fue nombrada inicialmente en provisionalidad y no en propiedad, pues “llegó después de clausurada la etapa de evaluación a los docentes y docentes orientadores por l[o] cual su nombramiento no fue en propiedad. Se está coordinando con la SED, para agotar las etapas correspondientes, en un periodo

breve y nombrarla en propiedad". Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Resguardo de Indígenas Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

23 La accionante nació el 5 de abril de 1964.

24 Según la historia laboral generada el 29/09/2021 por Protección S.A., que obra de folios 1 a 8 del cuaderno "45ProtecciónAportaHistoriaLaboralAccionante.pdf" del expediente digital, la accionante reporta un total de 591.43 semanas cotizadas, de las cuales, 62.43 se encuentran cotizadas a "otro régimen" y 529 semanas están acreditadas directamente en Protección S.A.

25 En el escrito de tutela sostiene que "entre las condiciones específicas de salud, están: la gastritis crónica, diabetes tipo 2, hipertensión y afectación cardiaca". Expediente digital. Cuaderno "03EscritoTutela(5).pdf".

26 Gastritis crónica, diabetes tipo 2, hipertensión y afectación cardiaca.

27 Mediante el auto del 27 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Manizales admitió la tutela y ordenó la vinculación del Departamento de Caldas, la Fiduciaria La Previsora S.A. -como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG-, el Ministerio de Educación Nacional y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Además, requirió a la accionada, Secretaría de Educación de Caldas, para que allegara el expediente administrativo de Ana Patricia Castaño Gálvez, en lo concerniente a su vinculación laboral y solicitó se informara el tiempo laborado por la actora como docente del sector público. A su vez, solicitó a la vinculada Fiduciaria La Previsora S.A. -como vocera del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG- aportar la historia laboral de la tutelante, en la que se evidenciara el historial de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Por último, pidió a la vinculada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. allegar copia de la historia laboral de la actora, con el reporte de los aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y las semanas cotizadas. Posteriormente, por medio de providencia del 5 de octubre de 2021, la autoridad judicial vinculó al trámite de tutela al Resguardo Indígena Nuestra Señora de la Candelaria de la Montaña y a la Institución Educativa María Fabiola Largo del municipio de Riosucio (Caldas), y mediante auto del 6 de octubre de 2021 vinculó a Leidy Johana Taba Motato, docente nombrada en propiedad en el

cargo desempeñado en provisionalidad por la tutelante.

28 Mediante respuesta del 29 de septiembre de 2021.

29 Expediente digital. Cuaderno “25ContestaciónSecreriaEducaciónDepatalCaldas.pdf”, fls. 1-3.

30 Mediante respuesta del 29 de septiembre de 2021.

31 Expediente digital. Cuaderno “40ContestaciónFiduprevisoraVoceradelFOMAG.pdf”, fls. 1-5.

32 Expediente digital. Cuaderno “79ContestaciónResguardoIndigena.pdf”, fls. 1-3.

33 Expediente digital. Cuaderno “81ContestaciónInstituciónEducativa.pdf”, fls. 1-2.

34 Expediente digital. Cuaderno “45ProtecciónAportaHistoriaLaboralAccionante.pdf”, fls. 1-8.

35 Según se refiere en el fallo de tutela de primera instancia, toda vez que en el expediente digital no se encontró copia del escrito de respuesta presentado por el Ministerio de Educación.

36 Expediente digital. Cuaderno “90FallaTutela.pdf”, fls. 1-42.

37 Para sustentar sus afirmaciones, el a quo citó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (C.P. Germán Alberto Bula Escobar), con radicación 2013-501, según la cual “el solo hecho de que un educador indígena ya no cuente con el aval de su comunidad no debe afectar su permanencia en el servicio, siempre que la calificación de desempeño sea satisfactoria, como lo establece el artículo 37 de la Ley 909 de 2004”.

38 Expediente digital. Cuaderno “90FallaTutela.pdf”, fl. 38.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Carpeta “90FallaTutela.pdf”, fl. 40.

42 Carpeta “99ImgunacionSecretariaEducacionDepartamental.pdf”, fls. 1-4.

43 Carpeta “98CorreoImgunacionSecretariaEducacionDepartamental.pdf”, fl. 1.

44 Carpeta “99ImgunacionSecretariaEducacionDepartamental.pdf”, fl. 2.

45 Como sustento de sus afirmaciones, allegó certificación expedida el 11 de octubre de 2021 por medio de la cual la Secretaría de Educación certifica que “una vez revisadas las solicitudes de reubicación de personal docente y directivo docente, como docente orientadora escolar, en plazas mayoritarias o etnoeducación, no se encontró radicación alguna de requerimiento por parte de la señora ANA PATRICIA CASTAÑO GÁLVEZ”. Carpeta “99ImgunacionSecretariaEducacionDepartamental.pdf”, fl. 3.

46 Carpeta “02Sentencia2Instancia (1).pdf”, fls. 1-18.

48 Carpeta “02Sentencia2Instancia (1).pdf”, fl. 16.

49 Expediente digital, Auto Sala del 15 de diciembre de 2021.

50 Expediente digital, Auto de Pruebas (28 de febrero de 2021).

51 Expediente digital. Auto de suspensión de términos (16 de marzo de 2022).

52 “[S]e aclara que el padre del señor Juan Sebastián Morales, no es el mismo cónyuge de la accionante, para efectos de no generar confusión al momento de determinar, la razón de mi poderdante de ser cónyuge cabeza de familia teniendo a cargo al señor Carlos Alberto Javela B. pareja actual desde hace 22 años”. Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Ana Patricia Castaño Gálvez.

53 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Fiduprevisora, en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

54 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – ARL Positiva.

55 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Resguardo de Indígenas Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

56 Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

57 Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

58 Sentencia T-202 de 2022.

59 Según consulta de antecedentes profesionales realizada en la página dispuesta por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Yady Paola Sánchez González, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1015440583 y T.P. No. 346.557 no registra antecedentes disciplinarios ni sanciones.

60 Carpeta "04Poder.pdf", fls. 1-2.

61 Artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

62 Notificada a la tutelante el 18 de agosto de 2021.

63 Sentencia T-051 de 2016.

64 "Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

65 Sentencia T-295 de 2018.

66 Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2012, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), C.P. Gerardo Arenas

Monsalve.

67 Precisamente, en el asunto sub iudice la accionada profirió la Resolución No. 2481-6 del 28 de mayo de 2021 para cumplir con la solicitud elevada por la comunidad en oficio del 19 de mayo de 2021, “donde el Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena Nuestra Señora de la Candelaria de la Montaña manifiesta que decidieron retirar el aval a la docente ANA PATRICIA CASTAÑO GALVEZ, nombramiento provisional vacante definitiva en la Institución Educativa María Fabiola Largo del Municipio de Riosucio Caldas, por cuanto no reúne los requisitos de pertenecer a la parcialidad de la montaña […]”. Expediente digital. Cuaderno “25ContestaciónSecreriaEducaciónDepatalCaldas.pdf”, fl. 2.

68 Numeral 6.2.10 del artículo 6º de la Ley 715 de 2001.

69 Numeral 6.2.11 del artículo 6º de la Ley 715 de 2001.

70 Resolución No. 3973-6 del 17 de agosto de 2021.

71 “Artículo 62. Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano. La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993”.

72 “Artículo 2.3.3.5.4.2.7. Elección de los etnoeducadores. Los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagógica y de articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, se seleccionarán a los educadores para laborar en

sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicadas. En las comunidades con tradición lingüística propia, el maestro debe ser bilingüe, para lo cual deberá acreditar conocimientos y manejo de la lengua de la comunidad y del castellano" (énfasis fuera del texto).

73 Numeral 1º del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

74 Sentencia SU-691 de 2017.

76 Sentencia SU-917 de 2010.

77 Sentencia T-716 de 2013.

78 Ibid.

79 Artículo 2º de la Constitución.

80 Sección Segunda de la Subsección B del Consejo de Estado. Sentencia 2018-01750 de 2019, Radicación No. 05001-23-33-000-2018-01750-01(4134-19), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

81 Sentencia T-360 de 2017.

82 Sentencia T-051 de 2016.

83 Artículo 6.1. del Decreto 2591 de 1991.

84 Sentencia T-043 de 2022.

85 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Ana Patricia Castaño Gálvez.

86 Ibid.

87 Ibid.

88 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Resguardo de Indígenas Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

89 Ibid.

90 Sentencia T-292 de 2017.

91 Artículo 55 de la Ley 115 de 1994.

92 Artículo 56 de la Ley 115 de 1994.

93 Sentencia C-208 de 2007.

94 La participación es un mecanismo orientado a la preservación de las diferencias e identidad del grupo como minoría étnica y cultural. Sentencia C-175 de 2009.

95 Cfr., en este sentido, la Sentencia SU-245 de 2021.

96 Cfr., al respecto, la Sentencia T-379 de 2011.

97 Sentencia T-292 de 2017.

98 En la Sentencia T-292 de 2017, esta Corporación estudió un caso en el que la accionante participó en un concurso de méritos para proveer vacantes de etnoeducadores docentes de instituciones educativas oficiales que atendían población afrocolombiana negra, raizal y palenquera. La accionante no había logrado tomar posesión en el cargo de un establecimiento educativo ubicado dentro del territorio de una comunidad negra, dado que no obtuvo el aval de reconocimiento cultural expedido por el consejo comunitario de la comunidad residente en ese territorio, al no ser oriunda del mismo. La accionante señaló que dicha actuación vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, el acceso al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a los derechos docentes adquiridos, al derecho de petición y al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que contaba con la condición de prepensionada y de madre cabeza de familia, “dado que de ella dependen económicamente su hija y su madre, de 96 años de edad”. La Corte consideró que la entidad demandada no había vulnerado las prerrogativas ius fundamentales de la accionante, por cuanto, de un lado, “lo que se advierte es que la entidad ha ajustado su actuación al marco legal que le impide proceder en contravía de las normas que regulan el concurso de méritos para etnoeducadores y sobre todo de la decisión del Consejo Comunitario Río Sanquianga que busca salvaguardar la identidad cultural de la comunidad negra ubicada en el municipio

Olaya Herrera – Nariño” y, por otro, observó que “el Consejo Comunitario Río Sanquianga, de acuerdo con las disposiciones normativas analizadas previamente, tiene la facultad de negar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, sin que ello signifique que desconozca su mérito. No obstante, tal negativa no puede fundarse en consideraciones caprichosas, sino que debe obedecer a razones objetivas que permitan establecer una incompatibilidad entre los conocimientos de la docente y el trabajo docente a impartir en los miembros de la comunidad. La exposición de dichas razones constituye una condición de protección del derecho de petición y del debido proceso, dada la importancia que tiene dicha respuesta en tanto de ella depende la posibilidad efectiva de acceder a un cargo público”.

99 La garantía del derecho a la educación especial de las comunidades indígenas se extiende, incluso, respecto de los cargos administrativos en los centros de educación oficial de estos grupos étnicos. Esto se debe a que “el proceso educativo no se centra sólo en la relación alumno profesor, sino que también debe tenerse en cuenta el conjunto de elementos estructurales y administrativos que permiten la adecuada etnoeducación con respeto de la identidad étnica y cultural”. Por tanto, “el nombramiento en un cargo con funciones administrativas en una institución educativa indígena, de una persona extraña a la comunidad sin realizar la correspondiente consulta previa, constituye una afectación directa a los derechos a la etnoeducación, la identidad y autonomía de dicha colectividad”. Sentencia T-514 de 2012.

100 Sentencia T-379 de 2011.

101 Artículo 62 de la Ley 115 de 1994.

102 Artículo 8 del Decreto 804 de 1995.

103 Artículo 11 del Decreto 804 de 1995.

104 Artículos 62 de la Ley 155 de 1994 y 11 del Decreto 804 de 1995.

105 Sentencias C-208 de 2007 y T-379 de 2011.

106 Sentencia T-379 de 2011.

107 Sentencia T-507 de 2010.

108 Cfr., al respecto las sentencias C-208 de 2007 y T-379 de 2011.

109 Sentencia SU-245 de 2021.

110 De acuerdo con el resolutivo sexto de la Sentencia SU-241 de 2021, “la presente decisión tiene efectos inter comunis y, por tal razón, sus efectos se extienden a todos los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren en las mismas circunstancias amparadas en la presente providencia»’, por lo que el amparo de la decisión y los efectos en ella contenidos se extienden únicamente respecto de aquellos etnoeducadores nombrados en propiedad”.

111 Sentencia SU-245 de 2021.

112 Sentencia T-390 de 2021.

113 Criterios contenidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994.

114 Sentencia SU-245 de 2021.

116 Sentencia SU-245 de 2021.

117 Ibid.

118 Sentencias T-523 de 2012 y T-903 de 2009, reiteradas en la Sentencia T-510 de 2020.

119 Sentencia T-510 de 2020.

120 Artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

121 Sección Segunda de la Subsección B del Consejo de Estado. Sentencia 2018-01750 de 2019, Radicación No. 05001-23-33-000-2018-01750-01(4134-19), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

122 Literal d) del numeral 2º del artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

123 Sentencia C-472 de 1992.

124 Sentencia C-503 de 2020.

125 Artículo 2º de la Constitución.

126 Sentencia C-503 de 2020.

127 Ibid.

128 “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos [sic], con el propósito de responder a sus necesidades particulares” (énfasis del texto), Sentencia T-300 de 2018.

129 Convenio 169 de la OIT.

130 Artículo 7º del Convenio 169 de la OIT.

131 Artículo 37 de la Ley 909 de 2004.

132 Por cuanto aquella tiene por finalidad “asegurar que las nuevas generaciones que nacen dentro de las Comunidades Indígenas y étnicas, tengan acceso a una educación especial y diferenciada, que enseñe su historia, su lengua, sus creencias y proyectos de vida”. Sentencia T-300 de 2018.

133 Sentencia SU-245 de 2021.

134 Artículo 68 de la Constitución: “[…] La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente […]”.

135 “Los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos”. Numeral 3º del artículo 27 del Convenio 169 de la OIT.

136 En virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa.

137 Sentencia T-379 de 2011.

138 Sentencia T-058 de 2019.

139 Sentencia C-107 de 2002.

140 Ibid.

141 Ibid.

142 En el artículo 53 de la Carta Política se reconoce el trabajo en condiciones dignas y justas, en tanto derecho y obligación social. Sentencia SU-054 de 2015.

143 Sentencia C-107 de 2002.

144 Ibid.

145 Sentencia T-217 de 2014.

146 Ibid.

147 Sentencia T-360 de 2017.

148 Adicionalmente, en la Sentencia T-360 de 2017 la Corte Constitucional recordó que son dos los requisitos que, de cumplirse, dan cuenta de la afectación al mínimo vital de un trabajador: i) que el salario sea el ingreso exclusivo o, existiendo ingresos adicionales, estos sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y ii) que la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica, tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave.

149 Sentencia T-198 de 2010.

150 Ibid.

151 En este supuesto, ante la desvinculación del funcionario no se frustra el acceso a la pensión de vejez, pues el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

152 Sentencia T-638 de 2016.

153 Sentencia T-724 de 2009.

155 De acuerdo con lo señalado por el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, la jefatura femenina del hogar se define como “una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil”.

156 Parágrafo segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993.

157 Reglamentario de la Ley 790 de 2002.

158 Definición contenida en su artículo 1º.

159 Este criterio ha sido compartido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL1496- 2014, rad. 43118, CSJ SL696-2021, rad. 75680 y CSJ SL-1973-2021, rad. 82370.

160 En Sentencia T-016 de 2008, esta Corporación estudió una demanda de tutela en la cual la accionante argumentaba contar con la calidad de “madre cabeza de familia”, por cuanto de ella dependía económicamente su familia, “quienes son mi hermana que está sin trabajo y su marido y también su nieta, ya que la madre de la menor o sea mi sobrina tampoco tiene trabajo, a los cuales yo los ayudo, con el poco ingreso que tengo, también tengo los gastos de servicios públicos y mi asistencia personal, no poseo ayuda de ninguna clase”. En esa oportunidad la Corte no concedió el amparo, al estimar que “no cumple con los requisitos que exige la ley y la jurisprudencia constitucional, para ser considerada ‘madre cabeza de familia’, y los parientes que en su respuesta a esta Corporación dice ayudar, económicamente no son personas con limitaciones físicas o sicológicas que se encuentren incapacitadas para trabajar”.

161 En Sentencia T-326 de 2014, la Corte concedió la tutela como mecanismo definitivo para amparar los derechos fundamentales de una mujer desvinculada del cargo que ostentaba en provisionalidad en la E.S.E Hospital San Rafael de Facatativá, quien alegaba ser pre-pensionada y madre cabeza de familia, pues su esposo tenía una discapacidad y el salario que percibía constituía su único sustento. Justificó el amparo en que “La señora Ana Isabel

Velásquez Arias, al momento de conformarse la lista de elegibles por parte de la CNSC en septiembre de dos mil doce (2012), cumplía la condición de prepensionada y madre cabeza de familia. En este sentido, el salario obtenido en el empleo público que desempeñaba servía de sustento para sí y sus dos (2) hijos, ambos estudiantes, toda vez que su esposo padece una discapacidad. Estas circunstancias acreditan la inminencia de un perjuicio irremediable, en los términos explicados en el fundamento séptimo (7°) de esta sentencia, puesto que la accionante tiene gravemente afectado su derecho al mínimo vital ante la ausencia del ingreso económico que financia las necesidades materiales propias y de su núcleo familiar dependiente, razón que torna en inidóneo el mecanismo judicial contencioso administrativo, dirigido a cuestionar la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la tutelante a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), al cargo que venía desempeñando en provisionalidad".

162 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-696-2021, rad. 75680.

163 Sentencia SU-388 de 2005.

164 Sentencia T-084 de 2018.

165 En las sentencias T-316 de 2013 y T-084 de 2018 se precisó, por ejemplo, que los trabajadores que alegan ser beneficiarios del "retén social" deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir dicha protección especial.

166 En cuanto al criterio de incapacidad económica, en particular, respecto de los hijos, la Corte Constitucional ha señalado que una mujer no deja de ser madre cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo cumplan la mayoría de edad, dado que puede acreditarse que están estudiando o alguna otra situación que les imposibilite trabajar. En este sentido, cfr., las sentencias T-283 de 2006, T-835 de 2012 y T-420 de 2017.

167 Sentencias T-846 de 2005, SU-388 de 2005, T-316 de 2013.

168 Sentencia SU-388 de 2005.

169 Sentencia T-420 de 2017.

170 Sentencia SU-388 de 2005.

171 En este sentido, las sentencias T-494 de 1992, SU-388 de 2005, T-993 de 2007, T-400 de 2014, T-420 de 2017 y T-084 de 2018.

172 Sentencia SU-250 de 1998.

173 Artículo 2º de la Constitución Política de 1991.

174 Sentencia C-371 de 1999.

175 La designación de estos empleados es una figura excepcional, en la que personas que no detentan previamente la calidad de servidores públicos y que no son seleccionados mediante un concurso de méritos aspiran a ser seleccionadas para el ejercicio transitorio de empleos.

176 Sentencia SU-556 de 2014.

177 Sentencia T-373 de 2017.

178 Por tanto, cuando se produce la desvinculación sin motivación, como ha precisado la Sala, “lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso” y el reintegro sólo será procedente “cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso”. Sentencia SU-556 de 2014.

179 Sentencia SU-917 de 2010.

180 Este deber corresponde a exigencias de orden constitucional, por lo que su omisión desconoce el principio constitucional de Estado de Derecho (art. 2 de la C.P.), el principio democrático (arts. 1º, 123 y 209 de la C.P.), el principio de publicidad de la función pública (art. 209 de la C.P.) y la garantía al debido proceso (art. 29 de la C.P.)., al debilitar las posibilidades reales de cuestionar en forma adecuada los actos administrativos. Sentencia T-716 de 2013.

181 Sentencia C-503 de 2020.

182 Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2012, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

183 Ibid.

184 Por ejemplo, si la desvinculación tiene fundamento en la provisión de la plaza con el ganador del concurso de méritos respectivo, no es posible inferir que existe un desconocimiento de los derechos del funcionario que fue desvinculado, pues el principio del mérito implica, para el ganador del concurso, el derecho subjetivo de ingresar al empleo -exigible ante la Administración y los funcionarios que están desempeñando el cargo en provisionalidad-, y para el nominador el deber de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso. Sentencia T-373 de 2017.

185 En este preciso supuesto se hace referencia al derecho de las comunidades indígenas de designar, de preferencia, a los integrantes de su comunidad para ocupar las vacantes de docentes de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 2.3.3.5.4.2.7. del Decreto 1075 de 2015.

186 Sentencia SU-237 de 2019.

187 Sección Segunda de la Subsección B del Consejo de Estado. Sentencia 01412 del 23 de febrero de 2011, Radicación No. 170012331000200301412 02(0734-10), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

188 Cfr., al respecto la Sentencia SU-040 de 2018.

190 Sentencia SU-040 de 2018.

191 Ibid.

192 “La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio suficiente del artículo 95 de la Carta Política”. Sentencia T-198 de

2010.

193 Sentencias SU-917 de 2010 y T-373 de 2017.

194 Sentencia T-846 de 2005.

195 En esta providencia, la Sala Plena se pronunció acerca del derecho a la estabilidad laboral reforzada de empleados públicos nombrados en provisionalidad que fueron removidos luego de proveerse las plazas por las personas que superaron un concurso de méritos en la Procuraduría General de la Nación.

196 Sentencia SU-691 de 2017.

197 Ibid.

198 Auto 111 de 2019.

199 En este sentido, el artículo 14 del Decreto 190 de 2003 dispone: “Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando se constate que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial”.

200 Sentencia T-373 de 2017.

201 Esta decisión resulta relevante en el caso objeto de estudio. Si bien se profirió en el marco del seguimiento de una orden relacionada con la desvinculación de trabajadores de Telecom, amparados por el “retén social”, delimitó el alcance de una orden referida, inicialmente, a la garantía de ingresar a un empleo con funciones, tareas y responsabilidades similares a las que tenían en la citada entidad, a pesar de que la causa de la desvinculación había sido la provisión de empleos mediante concurso de méritos.

202 Auto 111 de 2019.

203 Al analizar el alcance y contenido de las órdenes dictadas por medio de la Sentencia SU-377 de 2014, relacionadas con la protección legal del retén social para los exempleados desvinculados de Telecom, mediante el Auto 111 de 2019 esta Corte precisó que el derecho preferencial de acceder a un empleo “es equivalente al derecho a contar con una actuación administrativa del Estado que persiga genuinamente el objetivo de hacer realizable ese

derecho preferencial, mediante la gestión para procurar su reingreso al sistema de empleo público, aun si tal objetivo no puede ser satisfecho de inmediato y con una única acción". De acuerdo con este, la entidad debe desplegar acciones de búsqueda de oportunidades que permitan aliviar a los sujetos de especial protección los efectos de la pérdida del empleo, en procura de que este grupo pueda tener acceso al mercado laboral del Estado, aun cuando sea una gestión de medio, que no de resultado.

204 Cfr., en este sentido, la Sentencia SU-054 de 2015.

205 Expediente digital. Cuaderno "27RecurosReposición.pdf".

206 Sentencia T-289 de 2011.

207 Expediente digital. Cuaderno "27RecurosReposición.pdf".

208 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Resguardo de Indígenas Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

209 Ibid.

210 Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

211 Expediente digital. Cuaderno "79ContestaciónResguardoIndigena.pdf".

212 Mediante oficio del 19 de mayo de 2021.

213 En la Sentencia T-292 de 2017 la Corte estudió el caso de una persona que se presentó a un concurso de méritos de etnoeducadores para las comunidades negras del Departamento de Nariño, y pese a encontrarse dentro de la lista de legibles, le fue negado el aval de reconocimiento cultural para ocupar el cargo por parte del Consejo Comunitario Río Sanquianga. Como consecuencia de la ausencia del aval, la Secretaría de Educación departamental de Nariño no la nombró en el cargo de etnoeducadora del centro educativo "La Loma" del municipio Olaya Herrera – Nariño. La Corte consideró que "la entidad demandada no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales alegados por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín. En lugar de ello, lo que se advierte es que la entidad ha ajustado su

actuación al marco legal que le impide proceder en contravía de las normas que regulan el concurso de méritos para etnoeducadores y sobre todo de la decisión del Consejo Comunitario Río Sanquianga que busca salvaguardar la identidad cultural de la comunidad negra ubicada en el municipio Olaya Herrera – Nariño. Adicionalmente, este Tribunal no puede desconocer las actuaciones que ha adelantado la Secretaría Departamental de Educación de Nariño al nombrar en período de prueba a todas aquellas personas que se encuentran ante una situación idéntica a la de la actora, carentes de aval de reconocimiento cultural, pero respetando el estricto orden de la lista de elegibles, esto con el fin de no desconocer los derechos de cada uno de los elegidos, circunstancia que también se le ha puesto en conocimiento a la señora Batioja Ferrín". Con todo, ordenó al Consejo Comunitario Río Sanquianga que "valore de manera precisa y detallada la posibilidad de otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín y, en caso de concluir que no procede tal decisión, le explique de manera clara, completa y por escrito, las razones por las cuales sus conocimientos o capacidades no preservan la identidad étnica y cultural de la comunidad negra, en los términos explicados en la parte motiva de esta providencia".

215 Ibid.

216 Ibid.

217 Folio 1 de la Resolución 2536-6 del 1 de junio de 2021.

218 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Resguardo de Indígenas Nuestra Señora Candelaria de la Montaña.

219 De acuerdo con comunicación de aceptación del cargo del 23 de agosto de 2021, presentada por Leidy Taba Motato ante la Secretaría de Educación. Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

220 Expediente digital. Cuaderno "79ContestaciónResguardoIndigena.pdf", fls. 1-3.

221 Concepto con número interno 2176, radicación No. Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00501-00, del 21 de mayo de 2014.

222 Sentencia C-107 de 2002.

223 Del total de 591,43 semanas, la actora cuenta con 62,43 en otro régimen y 529 en Protección S.A.

224 Según informó la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la decisión del retiro del servicio se materializó hasta el mes de agosto de 2021, hasta tanto se encontró ejecutoriado y en firme el acto administrativo por medio del cual se procedió a la desvinculación. Sobre este particular, señaló que "Una vez el acto administrativo de terminación de la provisionalidad en vacante definitiva de la señora ANA PATRICA CASTAÑO GÁLVEZ qued[ó] en firme y de acuerdo con lo solicitado por el resguardo indígena el 13 de julio de 2021, la cual se anexa, esta secretaría reubicó a LEIDY JOHANA TABA como docente orientador a partir del 23 de agosto de 2021, en la vacante dejada por ANA PATRICIA en la Institución Educativa María Fabiola Largo del municipio de Riosucio, en el área de primaria". Expediente digital. Rta. OPTB-034/2022 – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

225 A razón de 51,48 semanas por año y 4,29 semanas por mes de servicios prestados.

226 Este tiempo no fue acreditado por la tutelante, pues no aportó prueba de la condición de prepensionada y en la vía administrativa se negó a aportar medios de prueba que dieran cuenta de tal condición.

227 Expediente digital. Cuaderno "03EscritoTutela (5).pdf".

228 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Ana Patricia Castaño Gálvez.

229 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – ARL Positiva.

230 En calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

231 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Fiduprevisora, en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

232 Expediente digital, Rta. OPTB-034/2022 – Ana Patricia Castaño Gálvez.

233 Ibid.

234 Ibid.

235 Ibid.