

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-421/24

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA-Deber de mantener la vinculación permanente al Sistema de Seguridad Social en Salud de las personas en estado de debilidad manifiesta que ocupan cargos en provisionalidad

(...) frente a las personas que cuentan con una especial situación de salud cobra relevancia mantener una vinculación permanente al Sistema de Seguridad Social en Salud que les permita acceder a los controles y seguimientos necesarios para contar con diagnósticos oportunos y eficaces.

PERSONA EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Protección especial en materia laboral

ENFERMEDAD CATASTROFICA O RUINOSA-Protección constitucional reforzada de personas con cáncer

PREPENSIONADO-Sujeto de especial protección

DESVINCULACION EN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Procedencia de tutela cuando afecta derechos fundamentales

CARRERA ADMINISTRATIVA-Acceso mediante concurso público de méritos

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

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA-Deber de motivar el acto de desvinculación de sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos en provisionalidad

DERECHO A LA REUBICACION LABORAL-Criterios constitucionales para su viabilidad

REGIMEN PENSIONAL DE DOCENTES-Regulación

DERECHO A LA SALUD-Tratamiento para el cáncer de seno

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Tercera de Revisión

Sentencia T-421 de 2024

Referencia: expedientes T-10.121.578 y T-10.153.714.

Acción de tutela instaurada por (i) Lorena contra la Secretaría de Educación del municipio de Florencia, Caquetá, y (ii) Adriana contra la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, Antioquia.

Magistrada ponente:

Diana Fajardo Rivera

Bogotá, D.C., cuatro (04) de octubre dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Vladimir Fernández Andrade, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos en los expedientes T-10.121.578, en segunda instancia y T-10.153.714, en primera instancia.

ACLARACIÓN PREVIA

En atención a que en la presente sentencia se expone información relacionada con la historia

clínica y la salud física o psíquica de varias personas, en la versión de esta providencia disponible para el público el nombre de los accionantes será reemplazado por uno ficticio que se escribirá en letra cursiva. La versión con sus datos de identificación solo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, para que los responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas ejecuten las decisiones proferidas dentro del fallo.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Sala Tercera de Revisión estudió el caso de Lorena y Adriana. Dos docentes vinculadas a instituciones educativas públicas bajo la figura de la provisionalidad quienes, interpusieron acción de tutela contra las secretarías de Educación de los municipios de Florencia y Apartadó, respectivamente, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, la igualdad de oportunidad, a la no discriminación, la remuneración mínima vital y móvil y a la estabilidad laboral relativa.

Esto, en atención a que las entidades en las que estaban vinculadas finalizaron sus nombramientos en provisionalidad debido que tenían que nombrar en sus empleos a personas que habían ganado dichas plazas mediante concurso público de méritos. En ambos casos, al momento de su desvinculación las accionantes tenían acreditadas dificultades de salud importantes, asociadas al hecho de ser sobrevivientes de cáncer. A su vez, Adriana también adujo tener la calidad de pre pensionada.

Para analizar su situación, la Sala se refirió a (i) los concursos de méritos para el acceso a empleos públicos; (ii) la estabilidad laboral relativa de los docentes nombrados en provisionalidad y la protección especial derivada de una situación de debilidad manifiesta por razones de salud y por la calidad de pre pensionados; (iii) el régimen pensional general de los docentes de colegios públicos y (iv) el cáncer y los sobrevivientes de cáncer como sujetos a los que se les debe garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

Con base en estos elementos, al analizar el caso concreto, la Sala concluyó que ninguna de las secretarías accionadas desconoció los derechos de las accionantes por cuanto ambas acreditaron haber adelantado acciones para atender a su situación. En efecto, las dos Secretarías priorizaron los casos de Lorena y Adriana y las incluyeron en un listado de espera con el fin de vincularlas cuando se presente una nueva vacante. Además, en el caso de Lorena dos años atrás ya se había hecho un traslado hacía otra vacante, y en el de Adriana,

en sede de revisión también se le ofreció esta posibilidad. Por otra parte, la Sala concluyó que no contaba con elementos suficientes para determinar la calidad de pre pensionada de Adriana.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-10.121.578

a) Hechos jurídicamente relevantes

§1. Lorena actualmente tiene 51 años y vive junto con su compañera sentimental y su padrastro de 81 años, de quienes es responsable económicamente. Ingresó en julio de 2015 como docente de aula nombrada en provisionalidad a la institución educativa “El Salitre rural” y trabajó allí hasta enero de 2021. Luego, en este mismo mes, con motivo en la estabilidad laboral relativa que le fue reconocida por la Secretaría de Educación de Florencia tras haber sido diagnosticada en el año 2017 de un cáncer de endometrio, fue trasladada a la institución educativa Técnico Industrial de esta misma ciudad. En diciembre de 2023 se le notificó que en su empleo se vincularía a otra persona que había ganado un concurso de méritos; por lo cual, interpuso una acción de tutela contra la citada Secretaria alegando un fuero por su salud. Durante el tiempo que la accionante estuvo vinculada con la Secretaría de Educación de Florencia, estuvo afiliada a la la EPS FAMAC. A continuación, el detalle de los hechos.

§2. El 7 de julio de 2017, Lorena fue diagnosticada con tumor maligno de endometrio. Como consecuencia, se le realizó una histerectomía total y una cirugía re clasificatoria laparoscópica en mayo y septiembre de 2017, respectivamente.

§3. Luego, el 15 de enero de 2019, la accionante fue intervenida quirúrgicamente exitosamente de un tumor benigno en el glúteo izquierdo.

§4. Posteriormente, el 26 de abril de 2019 el médico especialista le ordenó a la accionante una mamografía de los dos senos, la cual fue realizada el 31 de julio de 2020. Después, se le practicó de nuevo este examen el 24 de febrero de 2021 en el que se detectó una masa en el seno derecho. El 24 de abril de 2021, acudió al médico especialista con los exámenes realizados y este ordenó continuar en seguimiento y acudir a cita de control en 3 meses con

ecografía abdominal.

§5. El 19 de noviembre de 2021 fue intervenida quirúrgicamente de dos lesiones tumorales des aspecto nevico en su mentón y nariz.

§6. El 4 de mayo de 2023, Lorena asistió a sus citas periódicas con el especialista en oncología en la Liga contra el Cáncer Seccional Neiva. En la lectura de la radiografía, el especialista le diagnosticó la existencia de un nódulo mediastinal, al cual se le debía hacer seguimiento.

§7. Posteriormente, el 23 de febrero de 2024 se le realizó una ecografía de tejidos blandos en la axila izquierda. En los resultados de dicho examen, se indica que Lorena tiene unas “adenopatías de aspecto inflamatorio”.

§8. Por otra parte, la vacante que la accionante ocupaba en la institución educativa “El Salitre”, fue ofertada a través de concurso de méritos. Por tal razón, la Secretaría de Educación de Florencia mediante el Decreto 0009 del 19 de enero de 2021 decidió trasladar a la accionante a la institución educativa Técnico Industrial (Sede la libertad), ubicada en el municipio de Florencia, con la finalidad de garantizarle la estabilidad laboral por motivo de enfermedad catastrófica.

§9. Sin embargo, la vacante que ocupó la accionante en la institución educativa Técnico Industrial (Sede la libertad) también había sido incluida en un concurso de méritos. Concretamente, en el concurso del posconflicto, adelantado a través del proceso de selección n.º 2198 de 2021 que quedó en firme en noviembre de 2023.

§10. En consecuencia, el 1º de diciembre de 2023 la Secretaría de Educación de Florencia emitió el Decreto 009000 de 2023 en el que nombró en periodo de prueba al señor Duberney Trujillo Osorio en el cargo que Lorena ocupaba en provisionalidad. Esto, en atención a que el señor Duberney fue elegido para ocupar el empleo denominado “docente de primaria” en la institución educativa Técnico Industrial (Sede la libertad).

§11. En este mismo acto administrativo se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de Lorena.

b) La acción de tutela y las contestaciones de las accionadas

§12. Acción de tutela. El 22 de enero de 2024 Lorena presentó acción de tutela, en nombre propio, en contra de la Secretaría de Educación de Florencia solicitando que se protegieran sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, la remuneración mínima vital y móvil y a la estabilidad laboral relativa y, en consecuencia (i) ser reintegrada a su trabajo como docente de básica primaria adscrita a la Secretaría de Educación de Florencia, al igual que sucedió con el docente Rosemver Osorio Rodríguez y (ii) que el juez permitiera que su caso pudiese contar con el seguimiento de diferentes instituciones como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Personería de Florencia Caquetá, la Federación Colombiana de Educadores – Fecode, la Central Unitaria de Trabajadores CUT, entre otras.

§13. La acción de tutela fue contestada por la Secretaría de Educación de Florencia.

§14. Contestación de la Secretaría de Educación de Florencia. El 25 de enero de 2024, solicitó que esta fuera negada. Argumentó que la finalización del nombramiento provisional de la accionante fue justificada, ya que se procedió a nombrar en período de prueba a la persona que superó el concurso de méritos docente. También indicó que tiene el deber legal de respetar el derecho al mérito de cada uno de los elegibles que están en la lista, realizando los nombramientos en las vacantes temporales de acuerdo al puntaje obtenido.

§15. La entidad accionada destacó que ha implementado acciones afirmativas para asegurar la protección especial de la accionante. En una oportunidad, ordenó su traslado al Instituto Técnico Industrial, sede “La Libertad” en el municipio de Florencia, debido a su condición de salud. Asimismo, advirtió que estableció el Comité Técnico de Estabilidad Laboral Reforzada como medida de protección para las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta y que ha seguido las directrices del Ministerio de Educación Nacional para proteger a los docentes provisionales que gozan de una protección relativa. En este marco, la accionante forma parte de una lista de protección especial que se consideraría por la entidad para futuras vinculaciones una vez se agote la lista de elegibles. Sin embargo, menciona que no le fue posible trasladar a la docente a otra institución educativa debido a que todas las vacantes urbanas estaban ocupadas por nombramientos en período de prueba y listas de elegibles. Además, señaló que el traslado a una zona rural tampoco era viable, ya que no había vacantes disponibles en el área de primaria – en la que se desempeña la docente- en dichas zonas .

§16. Por su parte, el señor Duberney Trujillo Osorio, quien fue el docente nombrado en el cargo que era ocupado en provisionalidad por la accionante, no se pronunció.

c) Las decisiones de instancia en el proceso de tutela

§17. Sentencia de tutela de primera instancia. En sentencia del 1 de febrero de 2024, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia Caquetá decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de Lorena. En primer lugar, indicó que el asunto debía ser resuelto por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa a través del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho. En segundo lugar, resaltó que la estabilidad laboral que solicita la accionante es de carácter relativo, por lo que, es válido que se haya terminado su nombramiento en provisionalidad para posesionar en periodo de prueba al elegible seleccionado a través de concurso de méritos en el cargo que ocupaba la accionante.

§18. Impugnación. La accionante presentó escrito en el que argumentó que en su caso la acción de tutela procede como mecanismo judicial transitorio. Afirmó que en la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta que su condición de salud es crónica, ya que asiste a tratamientos oncológicos, exámenes y controles cada mes, los cuales son garantizados a través de la EPS FAMAC, y mencionó que al ser despedida del cargo como docente perdió los derechos y beneficios que tenía al estar afiliada a la mencionada EPS. Por lo anterior, considera que su vida está en riesgo inminente al dejar de recibir la atención médica especializada que requiere, lo que puede ocasionar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

§19. Sentencia de segunda instancia. En Sentencia del 7 de marzo de 2024, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia Caquetá confirmó la decisión de primera instancia. Manifestó que la acción de tutela es improcedente pues no se satisface el requisito de subsidiariedad. En su criterio, si bien se encuentra probado que la accionante padece de una enfermedad catastrófica, no concurren otras situaciones particulares para que proceda el amparo. Por ende, en el caso en concreto no hay un perjuicio irremediable, por lo que, la accionante debe acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

§20. A su vez señaló que, en caso de que en el presente caso la acción de tutela fuera procedente, se debe hacer una ponderación entre (i) la estabilidad laboral relativa que goza la accionante como docente nombrada en provisionalidad y (ii) el derecho del señor

Duberney Trujillo al trabajo y la meritocracia, pues fue nombrado en periodo de prueba a través de un concurso público de méritos; tensión que, en todo caso, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido resuelta a favor del segundo grupo de derechos.

2. Expediente T-10.153.714

a) Hechos jurídicamente relevantes

§21. Adriana actualmente tiene 53 años, afirma ser madre cabeza de familia, al ser responsable económicamente de su hija y su nieto menores de edad, así como de su hija mayor de edad. Señaló que se desempeñó como docente en provisionalidad en la Institución Educativa Campo Alegre perteneciente a la Secretaría de Educación de Apartadó desde abril de 2011 hasta enero de 2024 cuando se le notificó que el cargo que estaba ocupando sería asignado a una persona que había ganado un concurso de méritos. Sin embargo, afirma que ha trabajado en instituciones educativas públicas desde hace 32 años; además de que, en abril de 2022 se le diagnosticó un cáncer de seno por el que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente y someterse a radioterapias. Por ello, interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Educación de Apartadó con el fin de que se le garantice su estabilidad laboral relativa por tener un doble fuero, dada su situación de salud y su calidad de pre pensionada. A continuación, el detalle de los hechos.

§22. En el mes de abril de 2022, Adriana fue diagnosticada con cáncer de seno.

§23. Luego, el 4 de enero de 2023, a la accionante se le realizó el procedimiento quirúrgico “mastectomía simple unilateral y vaciamiento radial linfático axilar vía abierta”.

§24. Posterior a ello fue sometida a tratamiento con radioterapia. A raíz de esto, estuvo incapacitada desde el 5 de mayo de 2022 hasta el 18 de mayo de 2023, de manera continua. A partir de la fecha del diagnóstico ha estado en seguimiento con especialistas y le fueron realizadas unas sesiones de quimioterapia.

§25. Actualmente, se encuentra bajo tratamiento con el especialista en oncología, el especialista del dolor y el médico internista con seguimiento periódico cada tres meses. También padece de obesidad grado III y enfermedad varicosa.

§26. Adriana sostiene que cumple con los requisitos para ser considerada prepensionada conforme a lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, dado que ha trabajado desde el año 1992, contando con más de 32 años de servicio en el sector público educativo.

§27. La solicitante señala que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó conocía de su condición de salud, ya que ella se lo había informado a esta entidad a través de varias comunicaciones.

§28. A pesar de lo anterior, el 15 de enero de 2024 mediante Decreto 134 la entidad le notificó la finalización de su nombramiento, por cuenta de la designación en periodo de prueba de la persona que resultó elegida en el concurso de méritos que se realizó para cubrir en propiedad el cargo que se encontraba ocupando en provisionalidad en la institución educativa Campo Alegre.

§29. Posteriormente, el 17 de abril de 2024 mediante el Decreto 647 la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó nombró nuevamente en provisionalidad a la accionante en una vacante en la institución educativa rural “Bartolomé Castaño Vallejo-Cer Playa Larga” por el periodo de duración de la incapacidad por enfermedad común de la docente que actualmente ocupa esa plaza en propiedad. La accionante señaló que dicha institución se ubica en una zona de difícil acceso y a una hora aproximadamente del casco urbano, incumpliendo con las condiciones que se deben tener en cuenta acorde a su estado de salud y a las recomendaciones suscritas por la EPS Sumimedical.

b) La acción de tutela y las contestaciones de las accionadas

§30. Acción de tutela. El 19 de enero de 2024, Adriana presentó acción de tutela, en nombre propio, contra la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Apartadó (Antioquia) con el objeto de solicitar (i) la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la dignidad y a la vida; (ii) el reintegro a su puesto de trabajo o a otro en las mismas condiciones y (iii) que se ordene a la Secretaría de Educación de Apartadó al pago de los salarios dejados de percibir durante todo el tiempo que estuvo vinculada. En su criterio, estos derechos fueron vulnerados por la accionada al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en virtud de la vinculación en propiedad de un elegible del concurso de méritos sin tener presente que ella cuenta estabilidad laboral reforzada derivada de (a) su fuero de salud, tras haber sido diagnosticada con cáncer de

seno y en atención a (b) su calidad de pre pensionada.

§31. Contestación de la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, Antioquia. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que la finalización del nombramiento en provisionalidad se encuentra justificada, pues obedeció a la necesidad de nombrar en periodo de prueba en el cargo que ocupaba la accionante a la persona que había superado el concurso de méritos. Señaló que no había incapacidad vigente al momento de la desvinculación y que la condición médica de la accionante le permitía laborar sin contraindicaciones significativas.

§32. También se refirió a que la accionante tiene un tiempo de vinculación en el servicio público educativo de 12 años, 9 meses y 15 días y no de 32 años, como se menciona en el escrito de tutela. En ese sentido, explicó que la accionante no cumple con la calidad de prepensionada porque no acredita ni la edad ni el número de semanas requerido. Así mismo, sostuvo que al estar vinculada desde el 2011, a Adriana le es aplicable el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 en el que se define en 57 años la edad de pensión; pero en la actualidad, la accionante tiene 53 años. Además, indicó que a la accionante le faltan aproximadamente 340 semanas de cotización, por lo que no acreditan los requisitos para cumplir con la calidad de prepensionada.

§33. Respuesta del Ministerio de Educación Nacional. Explicó que la competencia para decidir sobre estos asuntos la tienen las entidades territoriales ya que es su responsabilidad administrar el servicio público educativo conforme a la Ley 715 de 2001. También mencionó que no tiene competencia sobre los nombramientos realizados, los cuales deben ser reportados a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por tal razón, adujo que carece de legitimación en la causa por pasiva y solicitó su desvinculación.

§34. Respuesta de Fiduprevisora (FOMAG). Refirió que no existe ninguna conducta activa u omisiva que derive en la supuesta afectación de los derechos fundamentales de la accionante; por lo que, no está llamada a resolver los conflictos que surjan de la vinculación entre los docentes y las Secretarías de Educación.

§35. Respuesta de Nubia Cecilia Prestán. Nubia Cecilia Prestan Pérez indicó que fue designada como docente en la Institución Educativa Campo Alegre luego de superar el respectivo concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Informó

que ocupó el puesto 15 de 16 vacantes disponibles para el cargo ofertado, por lo que, recibió citación de audiencia pública para la escogencia de la vacante en establecimiento educativo rural y no rural conforme a la Resolución 10591 de 2023. Por último, señaló que el concurso fue realizado conforme al marco legal colombiano y que en ningún momento vulneró los derechos fundamentales de la accionante, pues ella participó y quedó elegida en un concurso de méritos por lo que fue nombrada en el cargo.

§36. La IPS Sumimedical S.A.S no brindó respuesta.

c) Las decisiones de instancia en el proceso de tutela

§37. Trámite de la acción de tutela. El trámite le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil Municipal de Apartadó (Antioquia) que profirió sentencia el 1 de febrero de 2024 en la que declaró improcedente la acción de tutela. La accionante impugnó la decisión.

§38. Auto que decreta nulidad. En el trámite de impugnación, el 5 de marzo de 2024 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Apartadó (Antioquia) decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la acción de tutela en primera instancia y ordenó vincular a Nubia Cecilia Prestán Pérez, quien fue elegida y nombrada en propiedad a través de concurso público de méritos n.º 2187 de 2021 en la vacante que la accionante ocupaba en provisionalidad. Por tal razón, remitió al juzgado de primera instancia para que procediera de conformidad.

3. Trámite de selección y actuaciones en sede de revisión comunes a ambos procesos acumulados

§40. Selección de las acciones de tutela. Mediante Auto del 24 de mayo de 2024, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de 2024 de la Corte Constitucional seleccionó y acumuló para su revisión los expedientes T-10.121.578 y T-10.153.714. Ambos expedientes fueron repartidos al despacho de la magistrada Diana Fajardo Rivera para su sustanciación.

§41. Auto de pruebas. El 15 de julio de 2024, la magistrada sustanciadora profirió un auto de pruebas. Posteriormente, mediante Auto del 23 de julio de 2024 se solicitó información relacionada con el expediente T-10.121.578. En concreto, se pidió al Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá (FAMAC) que informara el estado de afiliación de la accionante y

remitiera la historia clínica de Lorena.

3.1 Respuestas en el Expediente T-10.121.578

§42. Se recibieron respuestas de parte de la Secretaría de Educación de Florencia, el Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá y la accionante Lorena.

§43. Secretaría de Educación de Florencia. El 19 de julio de 2024, indicó que ha realizado acciones afirmativas tendientes a garantizar la protección especial y la estabilidad laboral relativa como docente en provisionalidad. A través del Decreto No. 0008 del 19 de enero de 2021, ordenó trasladar a Lorena a la institución educativa 'Instituto Técnico Industrial'. También mencionó que creó el Comité Técnico de Estabilidad Laboral Reforzada. Sin embargo, explicó que para el año 2024 no es posible garantizar la continuidad laboral de la accionante porque no hay vacantes disponibles en la zona rural y, respecto de las vacantes disponibles en la zona urbana, tiene el deber legal de proveer estas con la lista de elegibles producto del concurso de méritos.

§44. Con relación a los criterios utilizados para reubicar a los docentes en provisionalidad desvinculados y que gozan de una estabilidad laboral relativa en razón a su condición de salud, manifestó que se aplican las pautas establecidas por el Ministerio de Educación en las circulares 024 de 2023 y 039 de 2013. Por último, señaló que 12 docentes que gozan de estabilidad laboral relativa al ser sujetos de especial protección, quienes se han vinculado nuevamente con la Secretaría de Educación de Florencia. Asimismo, creó una lista de espera de docentes en situación de especial protección para cuando exista una vacante disponible y se agote la lista de elegibles para proveer esa vacante. Esta lista se compone de 25 mujeres y 3 hombres.

§45. Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá (FAMAC). En respuesta del 18 de julio de 2024, indicó que Lorena está registrada en la entidad de salud como afiliada activa y en calidad de beneficiaria desde el 22 de julio de 2015. A su vez, adjuntó copia de la historia clínica de la accionante y afirmó que le ha prestado los servicios de salud según su patología 'tumor maligno de endometrio'. En ese sentido alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva.

§46. Lorena. En respuesta del 24 de julio de 2024, la accionante señaló que es docente

licenciada en educación básica primaria. Respecto a su situación laboral indicó que actualmente se encuentra desempleada. Argumentó que sus ingresos mensuales oscilan entre 800 y 900 mil pesos, siendo inferiores a sus gastos mensuales pues debe cubrir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar que está conformado por su compañera sentimental y su padrastro de 81 años; quienes, dependen económicamente de ella. Señaló que para suplir sus necesidades básicas, esporádicamente, ha realizado reemplazos a otros docentes e incluso ha debido “realizar rifas y vender tamales”.

§47. Respecto a su estado salud, Lorena mencionó que no se pudo afiliarse al SISBÉN porque su puntaje era superior al punto de corte para ser beneficiaria en este sistema. Afirmó que el 19 de marzo de 2024 tenía una cita médica con el oncólogo en la Liga contra el Cáncer de Neiva para control y revisión de exámenes. Sin embargo, para esa fecha, ya se encontraba desvinculada del régimen de salud por lo que no logró agendarla a través del FAMAC, sin importar que en la ecografía de tejidos de blandos el diagnóstico era ‘adenopatía de aspecto inflamatorio’. Ante tal situación, el docente Jairo Ortiz Hincapié afilió a la accionante de manera provisional como beneficiaria mientras iba a la cita de control en Neiva. En esta cita, el oncólogo ordenó unos medicamentos, una ecografía de abdomen total y cita de control para el mes de septiembre del 2024.

3.2 Respuestas en el Expediente T-10.153.714

§48. Esta Corte recibió respuestas de la accionante Adriana, Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, Antioquia, el IPS Sumimedical S.A.S, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Ministerio de Educación Nacional.

§49. Adriana . Indicó que es madre cabeza de familia y que, actualmente, se encuentra desempleada. Afirmó ser la responsable económica de su núcleo familiar que está compuesto por sus 2 hijas (una mayor de edad y la otra con 12 años) y su nieto de 8 años. A su vez, allegó una relación de ingresos y gastos mensuales en los que se evidencia que, en la actualidad, su única fuente de ingresos son 350 mil pesos por concepto de un canon de arrendamiento que recibe, mientras que sus gastos y los de su núcleo familiar son alrededor de 5 millones de pesos.

§50. Con relación a la prestación del servicio de salud, la accionante señaló que desconoce las razones por las cuales su estado de afiliación está activo en la EPS Sumimedical-FOMAG si

no se encuentra laborando o cotizando como independiente. De la misma manera, afirmó que estuvo inactiva por 3 meses desde febrero de 2024. Durante este tiempo no tuvo acceso a las citas médicas con especialistas ni al medicamento esencial 'letrozol', ordenado por el oncólogo. Por consiguiente, indica que presentó un deterioro en su salud pues aumentó la fatiga, los dolores de cabeza y el dolor en huesos y articulaciones.

§51. Respecto a la solicitud de pérdida de capacidad laboral, señaló que hasta el 2 de mayo de 2024 presentó dicha solicitud ya que la accionante tenía entendido que este trámite lo adelantaba directamente la EPS. Por último, mencionó que el 10 de mayo de 2024 se realizó una conciliación extrajudicial en la que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó no tuvo ánimo conciliatorio. En ese sentido, señaló que presentará la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

§52. Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, Antioquia. En la respuesta relacionó los diferentes derechos de petición presentados por la accionante. Afirmó que solamente Adriana solicitó su permanencia como docente en provisionalidad en virtud del cáncer padecido; que la accionante había presentado 6 incapacidades que comprendían un periodo continuo entre el 1 de enero de 2023 y el 18 de mayo de 2023. Posteriormente, en septiembre de 2023 presentó dos incapacidades con una duración acumulada de 5 días. Es decir, la accionante se reintegró a sus labores desde el 18 de mayo de 2023 y las incapacidades generadas en septiembre de 2023 fueron producto de otras enfermedades comunes diferentes al cáncer. Señaló que en agosto de 2023 la entidad territorial en articulación con la IPS Sumimedical le realizaron los exámenes ocupacionales periódicos que indican que la accionante se encontraba en condiciones óptimas para realizar sus laborales.

§53. La Secretaría también informó que tras la desvinculación de Adriana, el 15 de enero de 2024 solicitó ser incluida en el listado de los docentes que contaban con estabilidad laboral reforzada. Luego, la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó expidió el Decreto 647 del 17 de abril de 2024 mediante el cual nombró en provisionalidad temporal a la accionante hasta que durara la licencia de incapacidad por enfermedad común de la docente Yudithza Moreno Mena, quien fue nombrada en propiedad en la vacante ofrecida. Sin embargo, Adriana manifestó telefónicamente a la entidad que “no se presentaría a firmar porque el lugar para el que la enviaban era muy lejos de su domicilio y que se encontraba pendiente de un nombramiento en otra entidad territorial”.

§54. Por último, la entidad mencionó que hasta la fecha no se han generado más vacantes temporales. La única plaza libre fue la que se asignó mediante el citado Decreto municipal 647 del 17 de abril de 2024. Igualmente, afirmó que actualmente hay 6 docentes (4 hombres y 2 mujeres) que están adscritos a la entidad y sufren de algún tipo de cáncer. Por lo anterior, la Secretaría accionada solicitó negar la acción constitucional argumentando que no vulneró los derechos de la accionante y que su retiro obedece al nombramiento en periodo de prueba de un docente que superó el concurso de méritos.

§55. FOMAG. En respuesta del 19 de julio de 2024 esta entidad señaló que Adriana se encuentra con estado de afiliación activo como cotizante docente desde el 18 de junio de 2011. Actualmente no tiene beneficiarios, pues su hija menor de edad fue retirada el 15 de febrero de 2024.

§56. Respuesta de IPS Sumimedical S.A.S . Brindó respuesta el 17 de julio de 2024 en la que mencionó que la accionante se encuentra en estado activo como cotizante del FOMAG. En la actualidad, la IPS Sumimedical le está prestando los servicios básicos de salud y los que han sido ordenados por la Fiduciaria la Previsora. Respecto a su estado de salud, indicó que padece de ‘carcinoma ductal infiltrante mama izquierda’ y allega la historia clínica en la que se evidencia el proceso de seguimiento y tratamiento de la paciente. Por último, explicó que el contrato entre la IPS Sumimedical y Fiduciaria la Previsora por la responsabilidad del aseguramiento y prestación de servicios de salud de los docentes finalizó el 30 de abril de 2024.

§57. Ministerio de Educación Nacional. En respuesta del 15 de julio de 2024, resaltó que corresponde a las entidades territoriales certificadas en educación administrar la planta docente. Respecto al número de docentes vinculados y que hacen parte del grupo de especial protección, 71 entidades territoriales certificadas han reportado la siguiente información en virtud de las orientaciones dadas mediante las Circulares 24, 039 y 040 de 2023 por el Ministerio de Educación Nacional:

a. Vacantes definitivas docentes que están en la lista de estabilidad laboral reforzada son en total 2.555, de los cuales 484 corresponden al primer orden de protección – Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

b. Vacantes temporales docentes que están en la lista de estabilidad laboral reforzada son en

total 3.457, de los cuales 705 corresponden al primer orden de protección – Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

§58. En relación con la acción de tutela promovida por Adriana solicitó que se negara la protección de sus derechos fundamentales dado que, estos no fueron vulnerados. Explicó que los funcionarios que son sujetos de especial protección constitucional en razón de su salud y que están nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa con relación a las personas que son elegidas y nombradas en propiedad a través de un concurso de méritos. Es decir, su vinculación se mantendrá hasta que el docente nombrado en propiedad en período de prueba asuma las funciones del cargo. Por último, señaló que carecía de legitimación por pasiva pues sus competencias frente a los concursos de méritos de la carrera especial docente se circunscriben a la reglamentación que rigen dichos concursos.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

§59. La Corte Constitucional es competente para conocer las decisiones judiciales materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Análisis de procedibilidad de las acciones de tutela

§60. En relación con lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional debe determinar, en primer lugar, si las acciones de tutela cumplen con los requisitos formales de procedencia. De superarse dicho análisis, procederá con el estudio de fondo.

2.1 Análisis de requisitos de procedencia: expediente T-10.121.578

§61. La acción de tutela presentada por Lorena en contra de la Secretaría de Educación de Florencia es procedente por cuanto cumple los requisitos de legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

§62. Legitimación por activa. La acción de tutela fue presentada a nombre propio por Lorena, quien es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo que se

cumple la exigencia.

§63. Legitimación por pasiva. La Secretaría de Educación de Florencia está legitimada por pasiva en este caso, ya que celebró un concurso de méritos en el cual ofertó la vacante ocupada en provisionalidad por la accionante. En ese sentido, la terminación del nombramiento en provisionalidad se dio en virtud del nombramiento en periodo de prueba del elegido Duberney Trujillo, tras haber ganado un concurso de méritos. Además, se destaca que dentro de las responsabilidades de los entes territoriales, señaladas en la Ley 715 de 2001 se encuentra la administración de la planta de personal de docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos oficiales, todo ello con fundamento en la descentralización y la autonomía territorial.

§64. Por otra parte, en relación con el señor Duberney Trujillo, la Sala resalta que él carece de legitimación por pasiva, ya que no es la persona encargada de resolver las pretensiones relacionadas con la protección de la estabilidad laboral relativa de la accionante. Finalmente, en torno al FAMAC, entidad que fue vinculada en sede de revisión, la Sala destaca que sobre esta no recae directamente la posibilidad de resistir las pretensiones de Lorena, por lo que, no tiene legitimidad por pasiva.

§65. Inmediatez. La presunta vulneración de los derechos fundamentales de Lorena ocurrió con la expedición del Decreto 095 de 2023 del 1 de diciembre de 2023, en el que se nombró a Duberney Trujillo en periodo de prueba en el empleo que la accionante ejercía en provisionalidad. Posteriormente, el 22 de enero de 2024, ella presentó la acción de tutela. Es decir que, Lorena solo tardó un mes y 20 días para interponer la acción constitucional. Esta circunstancia demuestra que la tutela fue interpuesta dentro de un plazo razonable, cumpliendo con el requisito de inmediatez.

§66. Subsidiariedad. En el caso de Lorena se cumple el requisito de subsidiariedad, dado que es una persona en condición de debilidad manifiesta que, si bien a la fecha no cuenta con el diagnóstico de un cáncer activo, como consecuencia del cáncer de endometrio que le fue diagnosticado en el año 2017 ha tenido que estar bajo controles médicos continuos. Estos controles le han permitido contar con diagnósticos oportunos de otras patologías como (i) un lipoma en el glúteo en el año 2019, (ii) unas lesiones tumorales nevus en su mentón y nariz en el año 2021 y (iii) unas adenopatías de aspecto inflamatorio identificadas en 2024. Luego,

aunque en su historia clínica no se menciona que actualmente Lorena sea una paciente oncológica, si es razonable considerar que se encuentra en una especial situación dadas las diferentes y continuas patologías que le han sido diagnosticadas y tratadas desde 2017 a la fecha.

§67. Asimismo, tras la terminación de su nombramiento en provisionalidad, Lorena indicó que no ha podido volver a vincularse laboralmente y que sus ingresos mensuales que oscilan entre 800 y 900 mil pesos. Suma de dinero que no es suficiente para cubrir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, el cual está conformado por su compañera sentimental y su padrastro de 81 años, quien depende económicamente de la accionante. Por último, señaló que para suplir sus necesidades básicas, esporádicamente, ha realizado reemplazos a otros docentes, e incluso, ha debido “realizar rifas y vender tamales”.

§68. En el caso en concreto la tutela procede como mecanismo definitivo de protección, pues la accionante no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger sus derechos fundamentales. Se reitera que, si bien el diagnóstico de cáncer al que hizo referencia la accionante fue del año 2017, tras haber padecido tal enfermedad, la accionante ha estado sometida a exámenes y controles frecuentes que hasta el momento de su desvinculación habían sido garantizados por la EPS FAMAC. Sin embargo, Lorena indica que como consecuencia de la terminación de su nombramiento perdió sus derechos como afiliada a la mencionada EPS, debiendo incluso pedir a un amigo docente que la vinculara de manera temporal al FAMAC para poder continuar con su tratamiento en aras de evitar un perjuicio irremediable contra su salud y su vida.

§69. Si la accionante acude a las vías ordinarias, la competencia para resolver sus pretensiones recae en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, acudir a dicho medio de control no le garantizaría la protección inmediata que requiere dada su condición de vulnerabilidad. Por el contrario, esta vía supone una carga excesiva para la accionante dado que exige un tiempo considerable y la accionante se encuentra en una situación de riesgo porque por su historial clínico debe efectuarse controles médicos periódicos con diferentes médicos especialistas. En efecto, en la última cita del 19 de marzo de 2024, el oncólogo ordenó unos medicamentos, una ecografía de abdomen total y otra cita de control para el mes de septiembre del 2024.

§70. En suma, todas estas razones hacen que sea necesaria la intervención del juez constitucional a fin de que valore la situación y adopte las medidas a que haya lugar como mecanismo definitivo para la protección de sus derechos fundamentales.

2.2 Análisis de requisitos de procedencia: expediente T-10.153.714

§71. La acción de tutela presentada por Adriana en contra de la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó es formalmente procedente por cuanto cumple los requisitos de legitimación por activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

§72. Legitimación por activa. La Sala encuentra que la acción de tutela en el caso que se analiza cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, porque fue presentada a nombre propio por Adriana, quien es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la terminación de nombramiento en provisionalidad del cargo que desempeñaba en una institución educativa dependiente de la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó.

§73. Legitimación por pasiva. Este requisito se satisface porque la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó es la entidad presuntamente responsable de la afectación de los derechos fundamentales de la accionante, al dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante en virtud del nombramiento en propiedad y por concurso de méritos de Nubia Cecilia Prestán sin tener en cuenta que la accionante padece cáncer de seno. Ahora bien, dentro de las facultades y responsabilidades de las entidades territoriales señaladas en la Ley 715 de 2001, se encuentra la administración de la planta de personal de docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos oficiales, todo ello con fundamento en la descentralización y la autonomía territorial.

§74. A continuación, se exponen las razones por las cuales las demás entidades o personas vinculadas en el presente trámite no tienen legitimación por pasiva en el caso en concreto:

a. El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). La Sala destaca que El FOMAG no influyó en la decisión de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de Adriana. Por consiguiente, se estima que no cuenta con legitimidad por pasiva.

b. Nubia Cecilia Prestan Pérez. Es la persona elegida y nombrada en propiedad para el cargo

de docente de primaria en la institución educativa Campo Alegre luego de superar el respectivo concurso de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En ese sentido, no es responsable de la vulneración de derechos fundamentales alegada por la accionante al finalizar el nombramiento en provisionalidad, pues esta facultad legal le compete a la entidad territorial. Es importante tener presente que la meritocracia es uno de los principios que rigen los empleos de carrera administrativa y participar en un concurso de méritos para ocupar una vacante no es una conducta que se pueda reprochar.

c. La IPS Sumimedical S.A.S. Es una empresa de carácter privado que presta la atención en servicios de salud a la accionante en virtud del convenio que tiene con Fiduciaria la Previsora, como patrimonio autónomo que administra el FOMAG. Sin embargo, en la respuesta al trámite de revisión señaló que dicho contrato finalizó el 30 de abril de 2024 por lo que es responsabilidad del FOMAG garantizar la atención y prestación de los servicios de salud a la accionante con otras IPS con las cuales tenga convenio.

d. El Ministerio de Educación Nacional. La prestación del servicio educativo se encuentra descentralizado. En este sentido, la dirección, planificación y prestación del servicio educativo está cargo de las Entidades Territoriales Certificadas en Educación, a través de sus secretarías de educación o quien haga sus veces. En ese sentido, el Ministerio de Educación no es la entidad responsable por la afectación de los derechos de la accionante, pues este Ministerio no tiene dentro de sus competencias la administración de la planta docente en los establecimientos educativos, puesto que su función conforme al marco normativo, es fijar la planta docente y directiva docente de manera global. Sin embargo, como se expondrá más adelante, esta entidad tiene un papel importante en la ejecución de remedios más garantistas para personas que se encuentren en situaciones similares a las de Adriana, por lo que, la Sala estima que si cuenta con legitimidad por pasiva.

§75. Inmediatez. La presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante ocurrió el 15 de enero de 2024 con la notificación del Decreto 134 del mismo año. Este Decreto dio por terminado el nombramiento de Adriana por cuenta de la designación en periodo de prueba de la persona que resultó elegida en el concurso de méritos que se realizó para cubrir en propiedad el cargo que se encontraba ocupando la accionante en provisionalidad. A su vez, la accionante presentó la acción de tutela el 19 de enero de 2024, por lo que, transcurrieron menos cerca de cuatro (4) días entre el aparente acto vulnerador y

la presentación de la tutela.

§76. Subsidiariedad. En este caso el requisito de subsidiariedad se satisface. La Sala considera que por las condiciones particulares de la accionante (edad, estado de salud, condición económica y laboral), es urgente que el juez constitucional se pronuncie adoptando una decisión de fondo. Para llegar a esta conclusión, la Sala hará referencia a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra Adriana y, posteriormente, a la falta de eficacia de los mecanismos ordinarios en el caso concreto; incluso, pese a que la accionante afirmó que pensaba radicar el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho.

§77. De un lado, la Sala resalta que Adriana presenta dificultades económicas y en su estado de salud que la hacen un sujeto de especial protección constitucional. En efecto, la decisión de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante para nombrar en propiedad al elegido del concurso de méritos inevitablemente impactó el mínimo vital de la accionante. La accionante indicó que es madre cabeza de familia y que, actualmente, se encuentra desempleada. Afirmó ser la responsable económica de su núcleo familiar. A su vez allegó una relación de ingresos y gastos mensuales en los que se evidencia que, en la actualidad, su única fuente de ingresos son 350 mil pesos por concepto de un canon de arrendamiento que recibe, mientras que sus gastos y los de su núcleo familiar son alrededor de 5 millones de pesos.

§78. En la misma línea, el estado de salud de la accionante no está en óptimas condiciones. Tras haber sido diagnosticada con cáncer de seno en abril de 2022, y haberse sometido en enero de 2023, a una ‘mastectomía simple unilateral y vaciamiento radial linfático axilar vía abierta’ seguida por un tratamiento con radioterapia, actualmente Adriana se encuentra en un seguimiento periódico que tiene lugar cada tres meses. Este seguimiento es realizado por un especialista en Oncología, un especialista del dolor y un médico internista. Esto último, por cuanto además, la accionante ha sido diagnosticada con obesidad grado III y enfermedad varicosa .

§79. Todo lo anterior pone de presente la urgencia de garantizar los derechos fundamentales de Adriana. Así, si bien en este caso ella también cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que incluso ella afirmó que presentaría el 22 de julio de 2024, tras haber radicado la solicitud de conciliación extrajudicial el 10 de mayo de 2024, lo cierto

es que dicha acción no es idónea ni efectiva para garantizar sus derechos fundamentales de manera inmediata.

§80. Esto por, al menos, dos razones: (i) es claro que la accionante enfrenta una compleja situación de salud que hace que sea posible considerarla como un sujeto especial de protección, aunado al hecho que como consecuencia de su retiro del servicio público, quedó desempleada y sin la posibilidad de contar con suficientes ingresos para su subsistencia y la de sus familiares pues ella afirma sostener a varios de ellos; y (ii) la definición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho toma un tiempo considerable si se compara con los términos del proceso de tutela, aunado al hecho que esta Corte solo tiene constancia de la presentación de la solicitud de conciliación, pero no de la radicación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello justifica la intervención excepcional, pero definitiva del juez constitucional.

§81. Por ello, la Sala estima que la acción de tutela de Adriana debe asumirse como el remedio definitivo para su situación, sin perjuicio de las determinaciones que adopte la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en torno a las pretensiones económicas de la accionante que, como se expondrá más adelante, no pueden ser objeto de análisis en el marco de la acción de tutela.

§82. Con base en todo lo anterior, la Sala concluye que se satisfacen los presupuestos de procedencia de la acción de tutela en los dos expedientes acumulados en el presente proceso.

3. Problemas jurídicos y metodología de la decisión

§83. Dado que los dos casos acumulados presentan algunas diferencias relevantes, la Sala planteará un problema independiente para cada uno.

§84. De un lado, para el expediente T-10.121.578 la Sala se ocupará de determinar si ¿La Secretaría de Educación de Florencia vulneró los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, la igualdad de oportunidad, a la no discriminación, la remuneración mínima vital y móvil y a la estabilidad laboral relativa de la accionante tras haberla desvinculado del cargo en provisionalidad que ocupaba desde 2015, con el objetivo de vincular a la persona que ganó un concurso de méritos para ocupar el cargo de la accionante,

pese a que ella es una paciente en remisión que ha podido contar con un seguimiento oportuno de su estado de salud que le ha permitido detectar otras afectaciones relevantes, tras haber padecido cáncer de endometrio en 2017?

§85. Por otra parte, en torno al expediente T-10.153.714 a la Sala le corresponde analizar si ¿La Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó vulneró los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la dignidad, a la salud y a la estabilidad laboral relativa de la accionante tras haberla desvinculado del cargo en provisionalidad que ocupaba desde 2011, con el objetivo de vincular a la persona que ganó un concurso de méritos para ocupar el cargo de la accionante, pese a que (i) ella padece de obesidad grado III y enfermedad varicosa, (ii) en 2022 fue diagnosticada con un cáncer de mama que requiere un seguimiento frecuente y (iii) alega tener la calidad de pre pensionada?

§86. Con el fin de dar respuesta a los anteriores problemas jurídicos, la Sala mencionará algunas consideraciones sobre (3.1) los concursos de méritos para el acceso a empleos públicos; (3.2) la estabilidad laboral relativa de los docentes nombrados en provisionalidad y la protección especial derivada de una situación de debilidad manifiesta por razones de salud y por la calidad de pre pensionados. Luego, (3.3) se hará referencia al régimen pensional general de los docentes de colegios públicos. En cuarto lugar (3.4), se dedicará un breve acápite al cáncer como enfermedad catastrófica y los impactos que esta enfermedad tiene en las mujeres. Posteriormente, abordará cada uno de los casos con el objetivo de verificar si se deben o no amparar los derechos fundamentales de las accionantes.

3.1 Los concursos de méritos para el acceso a empleos públicos

§87. La carrera administrativa basada en el mérito tiene una especial importancia en nuestro sistema, al tratarse de un instrumento para la materialización de las finalidades institucionales y la garantía de derechos fundamentales. Como lo establece el artículo 125 de la Constitución, es el mecanismo general y preferente de acceso a la función pública y para asegurar la selección de servidores cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

§88. La carrera promueve la igualdad, la imparcialidad y los principios que orientan la función administrativa, al buscar que las personas calificadas se vinculen al Estado en igualdad de oportunidades y bajo parámetros objetivos, no discriminatorios, transparentes y claros.

Además, permite la participación en el ejercicio del poder público, y establece garantías laborales como la estabilidad y la capacitación profesional. Esto hace del mérito “el principio transversal y la piedra angular sobre la cual se instituye el servicio público”, y lo erige como una herramienta que permite erradicar el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo.

§89. La jurisprudencia ha reconocido el carácter de principio constitucional del mérito y, como tal, de norma jurídica superior de aplicación inmediata, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y “podría acarrear la sustitución de la Constitución”. Como muestra de ello, en la Sentencia C-558 de 2009, la Corte estudió una demanda en contra del Acto Legislativo n.º 01 de 2008 en el que, de manera extraordinaria y sin necesidad de participar en un concurso público, se permitía incluir en la carrera administrativa a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes en calidad de provisionales, siempre que cumplieran con los requisitos del cargo ofertado.

§90. La Corte indicó que el artículo 1º del mencionado Acto Legislativo reemplazaba la regulación general sobre la carrera administrativa que consagra el artículo 125 de la Constitución, pues establecía un régimen distinto para acceder a la carrera administrativa. Por tal razón, la Corte declaró la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008.

§91. En esa misma línea, desde sus primeras decisiones la Corte ha sido clara en que la autoridad nominadora debe respetar el orden en la lista de elegibles que se conforman de acuerdo con los puntajes obtenidos, luego de haberse superado las etapas del concurso. Una vez dichas listas de elegibles quedan en firme son inmodificables, y su desconocimiento constituye una flagrante violación de los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos de quienes hayan ocupado los primeros lugares en el concurso.

§92. Por último, vale la pena destacar que aunque la carrera administrativa debe ser la regla general para el acceso a cargos en el Estado, se ha admitido la validez de los nombramientos provisionales de personas que no han superado concursos de méritos en eventos excepcionales, con el propósito de que las entidades públicas garanticen la continuidad en la prestación del servicio. Sin embargo, no se puede desnaturalizar su carácter transitorio que implica que la duración de estas vinculaciones esté condicionada a la configuración de causales objetivas de retiro del servicio o a la selección de funcionarios a través de la

evaluación de sus méritos en un concurso público.

§93. Conclusión. La Sala concluye que la carrera administrativa basada en el mérito es la regla general para acceder a los empleos públicos que no son de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, en algunos escenarios se ha permitido que las personas accedan de manera temporal a empleos públicos a través del nombramiento en provisionalidad, cuando ello es necesario para garantizar la continuidad en la prestación del servicio. En consecuencia, es completamente ajustado a la Constitución terminar la vinculación en provisionalidad de una persona, con el fin de nombrar a una persona que ganó un concurso público de méritos. Ello además se desprende de la estabilidad laboral relativa que ostentan los servidores vinculados en provisionalidad y que implica que sus derechos ceden frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso.

3.2 La estabilidad laboral relativa de los servidores nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

§94. La estabilidad laboral es un principio mínimo de las relaciones de trabajo previsto en el artículo 53 de la Constitución, que corresponde al derecho de los trabajadores a permanecer en sus empleos, salvo que exista una justa causa para su desvinculación. En armonía con los principios de igualdad, prohibición de la discriminación, solidaridad e integración social, la jurisprudencia de esta corporación desarrolló el derecho a la estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la adopción de medidas especiales de protección para personas en situación de vulnerabilidad.

§95. Sin embargo, esta estabilidad laboral reforzada tiene matices cuando se está frente al empleo público; toda vez que, la estabilidad laboral que se le confiere a los funcionarios públicos varía según la forma de vinculación. En particular, la Corte estableció que, por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del proceso de selección; lo cual, impide que sean retirados del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Por otra parte, los funcionarios que desempeñan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia que, como se indicó implica dos cosas.

§96. Primero, para su desvinculación el nominador solo debe motivar el acto administrativo exponiendo las razones de la decisión, como una garantía mínima derivada del derecho

fundamental al debido proceso y al principio de publicidad. En todo caso, dicha desvinculación solo puede darse por causales legales, como la calificación de desempeño para esta modalidad de servidores, la comisión de faltas disciplinarias, la cesación de la situación que generó la vacancia o la provisión del cargo en propiedad por concurso de méritos. Segundo, y como se indicó previamente, en este último evento los derechos de las personas nombradas en provisionalidad ceden frente a aquella persona que ganó el concurso de méritos.

§97. Sin perjuicio de esto, la Corte ha reconocido un trato preferencial para sujetos de especial protección constitucional que ocupan un cargo en provisionalidad, como (i) las madres y padres cabeza de familia, (ii) las personas próximas a pensionarse, o (iii) quienes estén en una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad.

Si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciar un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

§98. Por lo anterior, la entidad nominadora debe adoptar medidas afirmativas dirigidas a proteger los derechos de los citados sujetos de especial protección constitucional. Estas medidas consisten en garantizar (a) que sean los últimos en ser removidos de sus cargos; y (b) que, en lo posible, sean vinculados de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia a los que venían ocupando. Esto, “siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento”, tal como se indicó en la Sentencia T- 373 de 2017. En otras palabras, la vinculación provisional en un nuevo cargo vacante requiere que se demuestre alguna circunstancia que implique especial protección constitucional al momento de su desvinculación y en la época del posible nombramiento.

§99. Dado que, en el presente caso, la Sala abordará problemas jurídicos relacionados con la estabilidad laboral relativa de servidores públicos en provisionalidad por encontrarse en una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, o al tener la calidad de pre pensionados, en las siguientes líneas se expondrán los criterios definidos sobre cada supuesto.

a) La protección especial de los funcionarios nombrados en provisionalidad cuando se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud

§100. Esta Corte ha indicado que “dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional (...) como las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad”. Por lo tanto, los nominadores deben adelantar acciones afirmativas dirigidas a garantizar sus derechos fundamentales. Ello se fundamenta en los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.

§101. Además, esta protección especial relativa derivada de la debilidad manifiesta por motivos de salud apunta a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud en aquellos servidores nombrados en provisionalidad que, al momento de la desvinculación atravesasen una situación especial de salud. Dicha estabilidad relativa por razones de salud reconocida a favor de los servidores públicos vinculados en provisionalidad ha sido objeto de análisis de esta Corte en diferentes decisiones, como las sentencias T- 462 de 2011, T -373 de 2017, T- 464 de 2019, T-342 de 2021 y T- 063 de 2022; las cuales, se referencian brevemente en las siguientes líneas.

§102. En primer lugar, mediante la Sentencia T-462 de 2011 la Corte se refirió a la protección del derecho fundamental al trabajo de una mujer que, aunque no tenía un cáncer activo, debía seguir un tratamiento muy estricto para controlar su enfermedad y que se encontraba en un cargo en provisionalidad en la Rama Judicial. La accionante había sido retirada del servicio porque era necesario nombrar a una persona en propiedad en su cargo, pues esta última había ganado el respectivo concurso de méritos. La Corte ordenó reubicar a la accionante en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, y señaló que en el caso de que no hubiese un cargo vacante, el Consejo Seccional de la Judicatura debía emprender las acciones necesarias para garantizar la vinculación a la seguridad en social en salud, para que la mujer pudiese continuar con su tratamiento, hasta que le fuese reconocida u pagada su pensión de invalidez o jubilación.

§103. Posteriormente, en la Sentencia T-373 de 2017, la Sala Séptima de Revisión analizó la

desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba un cargo de docente en provisionalidad en una institución educativa del municipio de Tumaco (Nariño). Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demandada debió prever alguna medida afirmativa para no lesionar los derechos de la accionante, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en 2014, venía siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de su salud. Por ello, se ordenó que la actora fuese vinculada en un cargo vacante y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, se ordenó al Municipio de Tumaco a “afiliar a la accionante al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador”.

§104. Luego, en la Sentencia T-464 de 2019, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una mujer nombrada en provisionalidad en el ICBF, quien fue desvinculada debido al nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos, cuando se encontraba enferma y estaba en curso una incapacidad médica. En esa oportunidad, la Corte ordenó nombrar a la actora en un cargo igual o equivalente al que ocupaba antes de su retiro en el evento de que hubiera vacantes disponibles. Además, se destaca que en este caso el juez de tutela de primera instancia ordenó al ICBF continuar con el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud para que la actora pudiese continuar con el tratamiento médico que venía adelantando. No obstante, la Sala estimó que “no existe vínculo laboral que obligue al ICBF a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema” y, además, agregó que no era viable ordenar esto, por las siguientes razones: (i) esa no fue la pretensión expuesta en el escrito de tutela; (ii) la accionante expresamente indicó que estaba inconforme con dicha alternativa y (iii) la Sala verificó que se encontraba afiliada al régimen contributivo en calidad de cotizante.

§105. Más adelante, en la Sentencia T-342 de 2021, la Sala Séptima de Revisión estudió el caso de una acción de tutela interpuesta por una docente vinculada en provisionalidad en contra de la Secretaría de Educación del municipio de Fusagasugá, tras haberla desvinculado de su empleo con el fin de nombrar a otra persona que había ganado un concurso de méritos. Como hecho particular, al momento de la desvinculación, la accionante se encontraba con incapacidad vigente y, además, la notificación del acto administrativo que la

desvinculaba se realizó tres años después de su expedición. En el caso en concreto, la Sala ordenó a la Secretaría de Educación de Fusagasugá (i) que vinculara a la accionante en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba, solamente en el evento de que hubiese un cargo vacante que cumpliera con esas características y (ii) que iniciará las actuaciones necesarias para que la accionante fuese vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta que sea afiliada por otro empleador.

§106. Posteriormente, en la Sentencia T-063 de 2022, la Sala Novena de Revisión analizó la tutela presentada por dos adultas mayores de 60 y 63 años que tenían un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%. La tutela se interpuso contra la Alcaldía de Ábrego (Norte de Santander), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital al terminarse su nombramiento provisional en virtud del nombramiento en propiedad de las personas elegidas en el concurso público de méritos que ofertó las vacantes que ocupaban los accionantes. La Sala evidenció que la entidad territorial no acreditó la adopción de medidas afirmativas, por lo que, se decidió amparar transitoriamente los derechos invocados por los accionantes. En consecuencia, se ordenó que únicamente en el evento de existir vacantes disponibles se vinculara a las accionantes a un cargo igual o equivalente al que ocupaban.

§107. Conclusión. En suma, al resolver la tensión entre los derechos de carrera de quien ganó un concurso de méritos y una persona nombrada en provisionalidad que cuenta con alguna afectación a su salud, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha adoptado la decisión de negar la protección a la estabilidad laboral relativa de estos últimos; toda vez que, prevalecen los derechos de las personas que fueron elegidas para ocupar las vacantes ofertadas a través de un concurso de méritos.

§108. Sin embargo, la Corte ha analizado si la entidad nominadora adoptó acciones afirmativas dirigidas a reubicar a las personas en provisionalidad que fueron desvinculadas, siempre que al momento del retiro del servicio se encuentren en una situación de debilidad manifiesta por motivos de salud. Si la entidad no procedió de dicha forma, la Corte ha ordenado a las entidades que, en la medida de lo posible y ante la existencia de nuevas vacantes, vinculen de nuevo a estas personas y, además, ha ordenado a las entidades públicas nominadoras realicen el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social (SGSS) en salud para que los accionantes puedan continuar con el tratamiento médico

que venían adelantando.

b) Estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse (prepensionados) frente a la lista de elegibles. Reiteración de jurisprudencia

§109. La calidad de pre pensionado de los servidores públicos nombrados en provisionalidad es otra de las situaciones que las autoridades administrativas deben tener en cuenta al momento de su desvinculación, cuando está se deriva del cumplimiento de una lista de elegibles proferida en el marco de un concurso de méritos. En estos escenarios también se presenta una tensión importante entre quien alega estar próximo a tener la calidad de pensionado y, por lo tanto, depende de dicha vinculación para lograr tal estatus y la persona que tras haber sido seleccionada en un concurso público, logró obtener la respectiva vacante gracias a su mérito.

§110. Con todo, al igual que con las personas vinculadas en provisionalidad que tienen una situación de salud especial, por lo menos desde la Sentencia SU-897 de 2012 la Corte ha precisado que las personas pre pensionadas también son sujetos de especial protección constitucional. Esa Corte, entre otras, en las sentencias T- 186 del 2013 y T-595 de 2016 han indicado que “la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos”. Por ello, en la medida de lo posible, las personas pre pensionadas deben ser sujetos de acciones afirmativas.

§111. Esta protección especial se concreta en: (i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) garantizar que si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, se nombren a las personas pre pensionadas en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez.

§112. En la Sentencia SU- 003 de 2018 la Corte unificó las reglas jurisprudenciales que conceden a un servidor público la calidad de pre pensionado. En esta decisión se determinó que son beneficiarios del fuero de estabilidad laboral de prepensionable las personas vinculadas laboralmente al sector público y/o privado a los que les falten lo equivalente a tres años o menos (es decir, 154,44 semanas de cotización o menos) para acreditar el requisito

de semanas en el régimen de prima media o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para acceder a la pensión de vejez. En otras palabras, esta Corporación estableció que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión es la edad, en caso de desvinculación, no se frustra su derecho al acceso a la pensión. Esto, porque dicho requisito puede acreditarse de manera posterior, con o sin vinculación laboral.

§113. Ahora bien, para entender como aplica esta regla al caso de los servidores nombrados en provisionalidad, se debe partir por recordar el carácter relativo de la estabilidad laboral que ostentan. En ese contexto, los servidores públicos nombrados en provisionalidad que tengan la calidad de pre pensionados deben ser sujetos de un trato preferencial por parte de la autoridad nominadora que se traduce en que esta deberá prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados y, que si existen vacantes en cargos equivalentes a los que venían ocupando, los nombre en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. En todo caso, se resalta que las entidades públicas deben cumplir con estas cargas, siempre “en la medida de sus posibilidades”.

§114. Conclusión. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que las personas pre pensionadas son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, en la medida de lo posible, estas personas deben tener una protección que se deriva de la expectativa que estos trabajadores tienen de obtener su pensión. En esa línea, para validar si se ha brindado o no esa protección especial, la Corte ha analizado si la entidad nominadora (i) motivó el acto de desvinculación, (ii) tenía conocimiento de la condición de pre pensionado del accionante y (iii) si adoptó algún tipo de acciones afirmativas para garantizar que estas personas fueran las últimas en ser removidas de sus cargos o se les hubiese trasladado a otra vacante disponible y similar a la que ocupaban con el objetivo de garantizar su acceso a la pensión de vejez. En los casos en los que la Corte evidenció que la entidad nominadora no adoptó acciones afirmativas, ordenó que en la medida de las posibilidades se realizara la vinculación de estas personas, limitándola al tiempo necesario para lograr las semanas de cotización requeridas para obtener su pensión de vejez.

3.3 El régimen pensional de los docentes de colegios públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)

§115. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. En desarrollo del referido mandato constitucional, el Legislador adoptó la Ley 100 de 1993, con el propósito de introducir un sistema unificado de seguridad social para brindar cobertura integral en todo lo relacionado con las contingencias en materia de salud y el reconocimiento pensional.

No obstante, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, entre otros, a los afiliados al FOMAG.

§116. En consecuencia, los afiliados al Magisterio se encuentran excluidos de la Ley 100 de 1993 y se regulan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989. A su vez, en el artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989 se estableció la aplicación de dos marcos normativos diferenciados que dependían de si la fecha de vinculación de los docentes nacionales había sido antes o después del 31 de diciembre de 1989.

§117. Posteriormente, la Ley 60 de 1993 asignó la administración de los servicios educativos estatales a los municipios en conjunto con los departamentos. Teniendo en cuenta esta descentralización de funciones, en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se dispuso la incorporación del personal docente de los órdenes departamental distrital y municipal al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), así como la conservación del régimen prestacional anterior, mientras que a las nuevas vinculaciones se les aplicaría la citada Ley 91 de 1989.

§118. Luego, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (expedida el 26 de junio de 2003) realizó una modificación importante respecto del régimen pensional aplicable a los docentes de las diferentes categorías (nacionales, nacionalizados y territoriales). Tales disposiciones prevén un doble régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, según si su fecha de vinculación fue anterior o no a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Así, a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial después del 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003- se les aplicaría el régimen pensional de prima media; mientras que, a aquellos vinculados con anterioridad a dicha fecha, se les aplicará el régimen establecido para el magisterio en las normas vigentes.

De conformidad con el Consejo de Estado este régimen corresponde a aquel previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

§119. Esta lectura fue corroborada mediante el Acto legislativo 1 de 2005, y objeto de una unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2019.

§120. Conclusión. Conforme a la Constitución y la Ley 100 de 1993, la seguridad social es un servicio público obligatorio. Sin embargo, se exceptúan de este sistema a los docentes afiliados al FOMAG. Ahora bien, actualmente, el régimen pensional aplicable a los docentes depende de si su fecha de vinculación al servicio público educativo oficial ocurrió antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2023). Los docentes vinculados antes de esa fecha se acogen al régimen establecido en la Ley 33 de 1985, mientras que aquellos vinculados después se rigen por los requisitos del régimen de prima media con los derechos pensionales establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con una edad de pensión fijada en 57 años para ambos géneros.

3.4 El cáncer y la necesidad de garantizar una cobertura en salud a los sobrevivientes

§121. El cáncer es una enfermedad catastrófica que involucra un rápido deterioro en la salud del paciente si no es diagnosticada y tratada a tiempo. Sin pretender invadir las competencias propias de otras áreas del conocimiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que conforme a las reglas de la experiencia y de la lógica, se sabe que el cáncer es una enfermedad que afecta múltiples aspectos de la vida de quienes la padecen; más allá de su salud, sus actividades diarias y cotidianas pueden verse comprometidas como consecuencia del tratamiento al que deben someterse. Dicho diagnóstico implica una afectación que dificulta significativamente el normal y adecuado desempeño de las actividades en el trabajo.

§122. Bajo ese supuesto, los pacientes con cáncer han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias T- 387 de 2018 y T-232 de 2022 y por parte del Legislador en la reciente Ley 2360 de 2024. En dicha normatividad se estableció que (i) el cáncer es una enfermedad de interés en materia de salud pública y de prioridad nacional para la Republica de Colombia, y (ii) se indicó que quienes tengan sospecha o sean son diagnosticados con esta enfermedad son sujetos de especial protección constitucional.

§123. En reciente decisión T-326 de 2024, esta misma Sala Tercera de Revisión, al analizar el caso de una mujer que se encontraba diagnosticada con cáncer de mama, explicó que existen padecimientos de salud que tienen mayor incidencia en las mujeres, y que estudios epidemiológicos han identificado una asociación de ese tipo de cánceres con algunas profesiones, dentro de las cuales se encuentran las docentes. Así mismo, dicha decisión identificó la dificultad que las mujeres que han tenido ese tipo de diagnósticos enfrentan al retornar al trabajo, lo que se suma al deterioro que también padecen las familias en sus finanzas. Por ello, se destacó la necesidad de integrar un enfoque de género al momento de evaluar esta desigualdad estructural y sistémica y adoptar medidas adecuadas para garantizar sus derechos fundamentales.

§124. En consecuencia, las personas que padecen cáncer u otras enfermedades catastróficas tienen el derecho a acceder a una atención integral en salud que incluya la prestación de todos los servicios y tratamientos que requieren para su recuperación, sin que medie obstáculo alguno. Esta integralidad significa que la atención en salud que se les brinde debe contener “todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”.

§125. Para el caso del cáncer, es necesario considerar que aunque inicialmente esta enfermedad está llamada a ser tratada con el fin de que no cause efectos permanentes en la salud de las personas, son muchos sus efectos colaterales. En reconocimiento de esto, la Red Nacional Integral del Cáncer de los Estados Unidos (NCCN) se ha encargado de emitir lineamientos para tratar a las personas que se consideran sobrevivientes del cáncer. Según este Instituto “los sobrevivientes del cáncer son personas viviendo con cáncer o aquellos libres de cáncer. La supervivencia comienza al mismo tiempo del diagnóstico del cáncer y continúa a través de la vida”. En efecto, “se considera que un superviviente de cáncer es un individuo que ha completado una terapia con intención curativa, con atención continua centrada en la vigilancia, la prevención de los efectos adversos relacionados con el tratamiento y los tratamientos de mantenimiento, como la terapia endocrina”.

§126. A su vez, dentro del estándar de cuidados que se deben tener con los sobrevivientes

de cáncer, el NCCN destaca los siguientes: “testeo rutinario para identificar el eventual regreso del cáncer (vigilancia) o nuevos cánceres (cribado), testeo rutinario para analizar los efectos a corto y largo plazo del cáncer y de su tratamiento, prevención de efectos dañinos del cáncer y de su tratamiento, manejo de cambios relacionados con el cáncer y planificación para la atención continua de supervivencia”.

§127. Sin embargo, recientemente también se ha evidenciado que pueden existir eventos aún más particulares, en donde el cáncer no logra ser erradicado del cuerpo y quienes han sido diagnosticados con esta enfermedad deben vivir con ella durante años, convirtiéndose en una enfermedad crónica de estos pacientes. Esta es una nueva población de sobrevivientes que corresponde a “personas que viven con un cáncer incurable y que viven durante años mientras reciben tratamientos crónicos”.

§128. Esto se debe a que, “aunque hace algunos años los tratamientos de quimioterapia aplicados frente a cánceres avanzados rara vez extiendan la vida más allá del año (...) hoy en día los avances en oncología molecular ofrecen una mejor comprensión de los impulsores de la malignidad”, permitiendo garantizar una extensión en la vida de estos pacientes. A partir de allí, se ha creado el concepto de los pacientes en remisión que según la Sociedad Americana del Cáncer corresponde a “un periodo de tiempo en el que el cáncer está respondiendo al tratamiento o está controlado. Algunas personas consideran que la remisión significa que la persona se ha curado del cáncer, pero puede que ese no sea el caso pues (...) la remisión puede durar meses o años”.

§129. Por ello, frente a eventos en los que el cáncer se torna como una enfermedad crónica, se debe “estar atento a las necesidades psicosociales y físicas del paciente; explorar las preocupaciones y prioridades del paciente para la atención y legitimar sus experiencias; desarrollar una asociación entre el paciente y el equipo de atención, y facilitar la participación activa del paciente en la toma de decisiones”. A su vez, la comprensión de esta situación también se extiende a escenarios como el jurídico, en donde se debe contar con herramientas que garanticen la protección del derecho fundamental a la salud de los sobrevivientes de cáncer y de aquellas personas que viven esta enfermedad como una patología crónica.

4. Análisis de los casos concretos

4.1 Expediente T-10.121.578. La Secretaría de Educación de Florencia no vulneró los derechos fundamentales de Lorena

§130. La Sala considera que de conformidad con los hechos probados en el proceso T-10.121.578 no es posible considerar que la Secretaría de Educación de Florencia haya vulnerado los derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, a la igualdad de oportunidad, a la no discriminación, a la remuneración mínima vital y móvil y a la estabilidad laboral relativa de Lorena. Esto, por cuanto dicha Secretaría acreditó que brindó, en la medida de sus posibilidades, importantes alternativas para extender la vinculación en provisionalidad de Lorena dada la especial situación de salud que le aquejó durante varios de los años que estuvo vinculada a dicha Secretaría y que actualmente presenta.

§131. Para soportar esta conclusión, la Sala considera necesario hacer referencia a (i) la situación de salud de Lorena y a (ii) las acciones desplegadas por la Secretaría de Educación de Florencia frente a sus solicitudes y frente a la posibilidad de reconocerle una estabilidad laboral relativa por su estado de salud.

§132. Sobre la situación de salud de Lorena. Dado que uno de los principales hechos que la accionante alega para justificar sus afectaciones en la salud consiste en el cáncer de endometrio que le fue diagnosticado en el 2017, esto es, hace cerca de siete años, la Sala estima pertinente exponer en el siguiente cuadro un recuento con los principales diagnósticos y procedimientos practicados a Lorena desde el año 2017 a la fecha. Esto, de conformidad con la historia clínica allegada por la accionante y por la EPS FAMAC:

Cuadro 1. Principales diagnósticos y tratamientos realizados a Lorena (2017 - 2024)

No.

Fecha

Diagnostico o procedimiento

1

7 de julio de 2017

Lorena fue diagnosticada con tumor maligno de endometrio.

2

Mayo y septiembre de 2017

Se le realiza cirugía de histerectomía y re clasificatoria laparoscópica para tratar cáncer de endometrio a Lorena

3

15 de enero de 2019

Lorena fue intervenida quirúrgicamente de un tumor benigno en el glúteo izquierdo.

4

8 de agosto de 2020

Medico revisa mamografía de Lorena en la que identifica una masa en el seno derecho

5

24 de abril de 2021

Se realiza una ultrasonografía diagnóstica de mama con transductor en la que se constató que el nódulo en la mama derecha de Lorena permanecía estable.

6

19 de noviembre de 2021

Se le extirpan dos nevos (lunares) a Lorena en el mentón y en su nariz.

7

7 de abril de 2022

Consulta médica de control en la que se establece que Lorena lleva 5 años sin cáncer y que

se trata de una enfermedad de bajo riesgo de presentar recurrencias. También se indica que presenta una diabetes sin tratamiento.

8

23 de febrero de 2024

Ecografía en la que se encuentran adenopatías de aspecto inflamatorio en la axila izquierda de Lorena .

9

19 de marzo de 2024

Última historia clínica. De este documento, la Sala resalta que (i) Lorena ha tenido controles regulares sobre el cáncer de endometrio que sufrió 7 años atrás y que han arrojado que no tiene signos de recurrencia; (ii) tuvo una ecografía de abdomen negativa para malignidad con fecha del 19 de abril de 2023, pero en otra ecografía posterior del 19 de marzo de 2024 se identificó un “quiste renal simple”; (iii) mediante un TAC de tórax se identificó que no tenía lesiones pulmonares o mediastinales de aspecto secundario; y (iv) reporta síntomas urinarios recurrentes que ha requerido dos hospitalizaciones.

§133. De conformidad con la información extraída de la historia clínica de Lorena, la Sala concluye que actualmente es una paciente en remisión de cáncer de endometrio que le fue diagnosticado en el año 2017. El hecho de que sea una paciente en remisión implica, – como se expondrá a continuación- que ella debe estar sometida a constantes controles médicos para hacer seguimiento a su estado de salud y evitar eventuales reapariciones de lesiones cancerígenas.

§134. Como muestra de ello, en la historia clínica se señala que ella lleva ya varios años sin signos de recurrencia de dicho cáncer y además que esta patología presente bajos riesgos de presentar reincidencias; pero, a la vez la Sala también encuentra que desde el año 2017 hasta la fecha, Lorena ha estado en controles permanentes con el fin de monitorear su estado de salud.

§135. Como consecuencia de dichos controles ha sido posible diagnosticarle otras afecciones

de manera oportuna que, han llevado a intervenciones quirúrgicas, como las siguientes: (i) la extracción de un lipoma o tumor benigno en el glúteo que le fue extraído en el año 2019, y (ii) la extirpación de unos lunares en su mentón y nariz que le fueron operados en el año 2021. Además de ello, dentro de los controles de salud realizados a Lorena se han identificado (iii) un nódulo en la mama derecha evidenciado en el año 2020 y al que se le ha venido realizando seguimiento, sin advertirse algún peligro para su vida; (iv) unas adenopatías de aspecto inflamatorio halladas en 2024 y, (v) por último un quiste renal simple, dificultades urinarias y una breve mención a una posible diabetes. Así mismo, esta última historia clínica concluye que Lorena es una “[P]aciente con historial anotado sin signos de recidiva/progresión”.

§136. Así las cosas, aunque según la historia clínica de Lorena actualmente ella no es una paciente oncológica si es necesario que por sus antecedentes médicos y los de su familia cuente con un seguimiento permanente que le permita identificar, de manera oportuna, cualquier cambio en su cuerpo que implique una modificación de su diagnóstico actual. Muestra de esto, es como después del año 2017 en el que a Lorena se le diagnosticó y trató el cáncer de endometrio, ha presentado otras afectaciones diferentes que han requerido desde intervenciones quirúrgicas hasta exámenes médicos de control.

§137. De hecho, en sus últimos exámenes médicos se ordenan citas de control para septiembre de 2024 e incluso, la misma accionante indicó que con el fin de continuar accediendo a los servicios de salud, de manera temporal, un amigo la afilió al FAMAC, pero que posteriormente la desvinculó. En esa misma línea, Lorena sostiene que, aunque pudo conseguir el dinero para comprar los medicamentos ordenados por su médico tratante no tiene “la manera de viajar a Neiva ni pagar el especialista pues [mis] gastos superan [mis] ingresos”.

§138. Para la Sala todo lo anterior pone de presente la importancia de garantizar los principios de continuidad, oportunidad y atención integral en el acceso al derecho fundamental a la salud de Lorena, establecidos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. Como se indicó previamente, esta Corte ha sido clara en afirmar que frente a pacientes con cáncer, dada “su gravedad y complejidad requieren un tratamiento continuo que de modo que la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de

forma reforzada, de modo que, no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta”.

§139. A su vez, este deber no desaparece frente a pacientes que, aunque no cuentan con el diagnóstico de un cáncer activo, si padecieron de dicha enfermedad y pueden ser considerados pacientes en remisión que, por lo tanto, deben estar sometidos a rigurosos y permanentes controles de su estado de salud en aras de obtener eventuales diagnósticos negativos, de manera oportuna. Así, como fue expuesto líneas atrás, las personas supervivientes de cáncer deben estar sometidas a un testeo rutinario para identificar el eventual regreso del cáncer o la aparición de nuevos cánceres. En consecuencia, frente a personas que como Lorena, la garantía de los principios de continuidad, oportunidad y atención integral se extiende en el tiempo e implica que las autoridades que le garantizaban dichos servicios no puedan suspenderlos de manera imprevista.

§140. Sobre las actuaciones de la Secretaría de Educación de Florencia. Teniendo claro la situación de salud de Lorena, resulta necesario evaluar las actuaciones desplegadas por la Secretaría de Educación de Florencia con el fin de atender a la situación particular de la accionante. Para ello, se partirá del hecho que la accionante puso de presente las afectaciones en su salud a la Secretaría accionada mediante derechos de petición remitidos, entre otras fechas, el 23 de julio de 2023, el 30 de noviembre de 2023, el 21 de diciembre de 2023 y el 4 de enero de 2024, en los cuales solicitaba la protección de su estabilidad laboral reforzada.

§141. En respuesta a esta petición, la Secretaría de Educación de Florencia desplegó actuaciones concretas para garantizar, en la medida de las posibilidades, la estabilidad laboral relativa de Lorena. Estas actuaciones, además, se encuadran dentro de un marco regulatorio diseñado por la misma Secretaria para tratar casos como el presente, relacionados con funcionarios en provisionalidad que alegan la protección de su estabilidad laboral ante la configuración de alguna de las causales previstas con anterioridad en esta decisión, a saber: (i) ser madres y padres cabeza de familia, (ii) tener la calidad de pre pensionado o (iii) estar en una situación de discapacidad o debilidad manifiesta por causa de una enfermedad.

§142. En esa línea, se destaca que la Secretaría de Educación de Florencia desarrolló, entre

otras, las siguientes acciones afirmativas para tratar casos como el de Lorena:

a. a) El 25 de septiembre de 2023 emitió el Decreto 00716 mediante el cual creó un “Comité técnico de estabilidad laboral reforzada en el marco de los procesos de selección para la provisión de vacantes definitivas docentes y directivos docentes de planta”. En este Comité tienen asiento la Secretaría de Educación Municipal y funcionarios de las áreas de planta y personal, jurídica y de seguridad y salud en el trabajo de dicha entidad; así mismo, se permite la asistencia de autoridades como el Defensor del Pueblo o su delegado o la Personería Municipal o su delegado. Su objetivo es definir los parámetros a tener en cuenta frente a cada situación de especial protección, estudiar las solicitudes y determinar el orden de los beneficiarios de la estabilidad laboral.

b) Emitió la Circular 20230058 del 20 de septiembre de 2023, cuyo asunto se titula “Guía para solicitar la PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA según directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional en la Circular 024 de 2023 y precisiones sobre el proceso de audiencias públicas de selección de plaza”. Esta circular se dirige a los docentes que se encuentran vinculados en provisionalidad de vacantes definitivas en el marco del Proceso de Selección No.2160 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022. En dicha guía, tras indicarse las condiciones de especial protección, se establece el plazo del 25 de septiembre de 2023 como la fecha máxima para que los docentes que se encontraran en alguno de esos supuestos, allegaran las pruebas respectivas.

§143. Actuaciones particulares para atender a la solicitud de Lorena. A su vez, la Secretaría de Educación de Florencia ha adelantado las siguientes acciones afirmativas de cara a la situación particular de Lorena:

a. a) Mediante el Decreto 0009 del 19 de enero de 2021 trasladó a la accionante a la institución educativa Técnico Industrial (Sede la libertad), ubicada en el municipio de Florencia, con la finalidad de garantizarle una protección especial por motivo de enfermedad catastrófica y teniendo en cuenta que para ese entonces “el concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas en zona urbana apenas estaba iniciando”. Esto por cuando la vacante que la accionante ocupaba en la Institución “El Salitre” había sido incluida en un concurso de méritos iniciado en el año 2018 por la Comisión Nacional de Servicio Civil y era necesario designar a la persona ganadora del concurso.

Sin embargo, la vacante que ocupó la accionante en la institución educativa Técnico Industrial (Sede la libertad) había sido incluida en el concurso de méritos del posconflicto adelantado mediante el proceso de selección 2198 de 2021.

b) Incluyó a Lorena dentro de un listado de personas con “estabilidad laboral reforzada” a las que se les garantizaría el traslado cuando fuese posible. Esta lista se deriva de una sesión del “Comité técnico de estabilidad laboral reforzada” al que se hizo referencia previamente y está contenida en un acta con fecha del 22 de noviembre de 2023 en la que aparece su nombre relacionado con la situación de “enfermedad”.

c) Dio respuesta a los derechos de petición elevados por Lorena, mediante oficios del 21 de diciembre de 2023 y del 20 de enero de 2024. En las respuestas se le indicó a la accionante que la Secretaría “atenderá dentro de sus posibilidades administrativas, las orientaciones dadas por el Ministerio de Educación en la Circular no. 024 de 21 de julio de 2023, en los casos de especial protección”, desatacándose que su caso sería tenido en cuenta.

d) En la respuesta en sede de revisión informó que “la accionante hace parte de la lista de especial protección que será tenida en cuenta por esta entidad para efectos de vinculación en las vacantes que se generen una vez la lista de elegibles se agote”. Luego, es claro que la Secretaría de Educación de Florencia tiene la intención de vincular a Lorena en el evento en el que llegue a contar con una vacante.

Sobre este punto, la Secretaría de Educación de Florencia resaltó que las listas de elegibles corresponden a un área o empleo particular. Así, Lorena hace parte del área de primaria, por lo que debe ser incluida en dicha lista que, se encuentra conformada por un total de 71 elegibles. En noviembre de 2023, se llevó a cabo la audiencia para la escogencia de plaza, habiéndose provisto 60 vacantes definitivas; con lo cual, aún falta nombrar 11 elegibles.

Así mismo, la Secretaría de Educación de Florencia precisó que en esta ocasión no fue posible trasladar a Lorena como se realizó en el año 2021 ya que, todas las vacantes urbanas están provistas con nombramientos en periodo de prueba. De otra parte, tampoco fue viable realizar un traslado a una vacante rural en atención a que la Secretaría no cuenta con vacantes en el área de Primaria. Para justificar este último punto, la Secretaría allegó una constancia con fecha del 18 de julio de 2024 en la que indica que a la fecha no cuenta con una vacante definitiva disponible en el cargo de docente de aula en el área de Humanidades

y Lengua Castellana o de Primaria en zona rural. Igualmente, se resalta que para el momento de desvinculación de Lorena (diciembre de 2023), la Secretaría de Educación de Florencia tampoco contaba con alguna vacante para el cargo de Docente en aula – Primaria, como consta en la certificación proferida el 15 de diciembre de 2023.

§144. Adicional a lo anterior, la Sala destaca que el Decreto 009000 del 1 de diciembre de 2023 en el que (i) se nombró en periodo de prueba al señor Duberney Trujillo Osorio en el cargo que Lorena ocupaba en provisionalidad y (ii) se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, tuvo una motivación razonable. Adicionalmente, en principio, no da cuenta de la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta, asociadas al estado de salud de Lorena.

§145. Puntualmente, en la parte considerativa de este Decreto se indicó que el señor Duberney Trujillo Osorio había ganado la vacante de “Docente en aula en el área de Primaria”, identificado con la OPEC No. 182781 en la planta de la Secretaría de Educación de Florencia en el marco de la convocatoria pública 2198 de 2021 que era ocupado por Lorena. Dentro de la extensa motivación del Decreto 009000, además, se indica que se agotaron todas las opciones posibles para garantizarle un trato especial, pero que no fue posible concederle un traslado por las razones expuestas. Afirmación que además de respaldarse en el principio de la buena fe, tiene sustento en un antecedente previo del año 2021 en el que la Secretaría ejecutó una acción afirmativa a favor de Lorena y la trasladó a otra institución, al enfrentarse a una situación similar a la presentada en esta oportunidad.

§146. Así las cosas, la Sala evidencia una tensión entre la protección de los derechos de la accionante y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por la Secretaría de Educación de Florencia que, impide que la Sala acceda a sus pretensiones.

§147. De un lado, no es posible ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando ya que ello vulneraría los derechos fundamentales de Duberney Trujillo Osorio, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos. Por este motivo, y dado que fue evidenciado con suficiente claridad que la Secretaría de Educación de Florencia ha sido muy diligente para garantizar los derechos de Lorena, la Sala considera que solo se podrá ordenar a la entidad accionada a mantener a la accionante dentro del listado de

personas en condición de vulnerabilidad por su estado de salud, de modo que, pueda ser vinculada a un cargo igual o equivalente en el evento en el que haya una vacante que se ajuste a su formación y experiencia.

§148. De otro lado, a la Sala no le corresponde pronunciarse sobre hechos diferentes a los relacionados con el caso de Lorena. Esta consideración es relevante dado que en sus pretensiones ella solicita que se le extienda el tratamiento favorable dispensado por una autoridad judicial al docente Rosemver Osorio Rodríguez. Sobre este punto, el 36 del Decreto 2591 de 1991 es claro en afirmar que los efectos de los fallos de tutela son “inter partes”, por lo que, “las decisiones que adopta el juez de tutela no tienen una alcance general, impersonal y abstracto, sino particular y concreto”. Así las cosas, no le corresponde a esta Corte establecer si a Lorena se le debió haber dado el mismo tratamiento que fue brindado a docente Rosemver Osorio.

§149. Conclusión. Con base en todos estos elementos, la Sala concluye que la Secretaría de Educación de Florencia no le vulneró a Lorena sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, la remuneración mínima vital y móvil.

§150. Remedio constitucional. La Sala reconoce la imposibilidad inmediata de reincorporar a Lorena al cargo que venía desempeñando o incluso a alguno similar. Sin embargo, en aras de garantizar la continuidad en el acceso a los controles médicos y exámenes que le corresponde realizarse – encontrándose incluso pendiente uno para septiembre de 2024–, la Sala ordenará a la Secretaría de Educación de Florencia afiliar a Lorena a afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, hasta que ella obtenga la pensión de vejez, o sea afiliada al sistema por otro empleador. Esto, en línea con los remedios judiciales adoptados en las sentencias T- 462 de 2011, T -373 de 2017y T-342 de 2021.

4.2 Expediente 10.153.71. La Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó no vulneró los derechos fundamentales de la accionante

§152. Para comenzar, la Sala destaca que Adriana alegó una presunta estabilidad laboral reforzada con motivo en dos supuestos diferentes – la calidad de pre pensionada y su situación de salud- la Sala debe abordar las actuaciones desplegadas por la Secretaría de

Educación y Cultura de Apartadó respecto de cada uno de estos. Como se verá, la Sala comparte las actuaciones desarrolladas en torno a la especial protección que requería la accionante en atención a su condición de salud, pero discrepa del análisis desarrollado por la entidad accionada en torno a la eventual calidad de pre pensionada de la accionante.

§153. Con todo, la Sala concluye que de conformidad con los hechos probados en el proceso T-10.153.714 no es posible considerar que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó haya vulnerado los derechos fundamentales a la salud, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo, a la dignidad y a la vida de Adriana. Esto por cuanto, si bien la Sala tiene algunos reparos sobre el tratamiento dado a la petición de la accionante de ser reconocida como pre pensionada, incluso de manera reciente, la Secretaria accionada demostró que adelantó importantes acciones para garantizar los derechos de la accionante; pese a la estabilidad relativa que ella ostentaba al haber sido vinculada a la administración mediante un nombramiento en provisionalidad.

§154. Así las cosas, a continuación, se aborda el estudio diferenciado sobre las dos situaciones de vulnerabilidad alegadas por la accionante.

Análisis sobre la protección especial alegada por la accionante en atención a su estado de salud

§155. En el escrito de tutela Adriana adujo que se le diagnosticó cáncer de seno desde el mes de abril de 2022 y que, adicionalmente, se le han diagnosticado otras enfermedades frente a la cuales, en la actualidad continua en seguimiento y tratamiento con los médicos especialistas. A partir de lo anterior, la Sala estima pertinente hacer un análisis sobre el estado actual de salud de la accionante teniendo en cuenta su historia clínica. Para ello, se expondrá en la siguiente tabla los principales diagnósticos e intervenciones practicadas a la accionante:

Cuadro n.º 2. Principales diagnósticos y tratamientos efectuados

No.

Fecha

Diagnostico o procedimiento

1

11 de abril de 2022

Diagnostico cáncer de mama (en el seno izquierdo) .

2

4 de enero de 2023

Intervención quirúrgica denominada “Mastectomía simple unilateral y vaciamiento radical linfático axilar vía abierta”.

3

Desde el 5 de mayo del 2022 hasta el 18 de mayo del 2023

Diferentes incapacidades debido a la afectación de su estado de salud por el cáncer de seno que le fue diagnosticado. Durante parte de este tiempo se le realizaron quimioterapias y radioterapias.

4

12 de octubre de 2023

Tomografía de tórax en la que se encuentran quistes simples en ambos riñones.

5

11 de enero de 2024

Control con Oncología. En esta historia clínica se indica que debe recibir radioterapia en axila y que se remite a Urología por un quiste renal que le fue identificado .

6

11 de abril de 2024

Última historia clínica. Citas médicas asignadas (i) con el oncólogo el 25 de julio de 2024, (ii) con medicina del deporte el 29 de julio de 2024, dado que tiene una obesidad tipo III que según se indica en la historia clínica implica un “riesgo muy severo”; y con (iii) medicinal del dolor el 31 de julio de 2024.

§156. De conformidad con la información extraída de la historia clínica de Adriana, la Sala concluye que ella tuvo un reciente diagnóstico de cáncer que todavía se encuentra en un estado de monitoreo intenso. Como muestra de ello se destaca lo siguiente: (i) aunque no se puede afirmar con total certeza, dado que las historias clínicas no son del todo claras, en el reporte del 11 de enero de 2024 se indica que la accionante debe recibir radioterapia en axila y si bien no precisa si es en la axila derecha o izquierda la Sala no pasa por desapercibido que dicha orden fue emitida en una fecha muy cercana a aquella en la que se dio el despido de Adriana (15 de enero de 2024); (ii) en esta misma historia clínica se indica que la accionante debe continuar en seguimiento oncológico por 5 a 10 años y por manejo con terapia endocrina durante 5 años y (iii) la accionante tenía prevista una cita de seguimiento por oncología para el 25 de julio de 2024. Con base en esta información, la Sala estima que es posible considerar que Adriana aún se encuentra superando el cáncer que le fue diagnosticado en abril de 2022.

§157. Adicional a lo anterior, la Sala resalta que a la accionante también le han sido diagnosticadas otras patologías como (i) obesidad de grado III; (ii) quistes en ambos riñones y (iii) enfermedad varicosa. Luego, su situación de salud no solamente se ha visto afectada por el cáncer que se le diagnosticó en el año 2022, sino también por otras afecciones a su salud.

§158. Teniendo en cuenta la situación descrita, la Sala considera que a Adriana se le deben garantizar los principios de continuidad, oportunidad y atención integral en el acceso al derecho fundamental a la salud que, además tienen un carácter reforzado dado que ella es un sujeto de especial protección constitucional por su estado de salud. Sumado a ello, la necesidad de asegurar, especialmente, la continuidad en los controles médicos también fue reconocida de manera expresa por sus médicos tratantes, quienes ordenaron extender el seguimiento de la situación de salud de Adriana por un amplio periodo de hasta 10 años; destacándose que su monitoreo constante no solo implica validar la eventual aparición de alguna lesión tumoral, sino también la necesidad de controlar las otras enfermedades que la

accionante padece y que, de no ser tratadas, podrían poner en riesgo su salud.

§159. Aunado a lo expuesto, la Sala llama la atención sobre el hecho que en el escrito remitido en sede de revisión la accionante manifestó que, aunque a la fecha se encuentra vinculada al FOMAG, desconoce las razones de ello. Sin embargo, esta vinculación inexplicable no sucedió una vez fue retirada del servicio ya que, según afirma, estuvo inactiva en el Sistema General de Seguridad Social en salud durante tres meses contados desde febrero de 2024.

§160. Esta situación le impidió tener acceso a los controles que tenía ordenados con diferentes especialistas médicos, así como al medicamento esencial como LETROZOL 2.5mg diagnosticado por el Oncólogo en historia clínica desde el 19 de octubre del 2023. En su criterio, ello conllevó a que se hubiese deteriorado “significativamente su salud, habiendo aumentado la fatiga, dolores de cabeza, dolor en los huesos, articulaciones y malestar general”. Todo ello da cuenta de que se materializó el riesgo de que la salud de la accionante se pudiera ver comprometida con la desvinculación del Sistema General de Seguridad Social en salud. tras la finalización de su nombramiento en provisionalidad.

§161. Sobre las actuaciones de la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, Antioquia. La Sala pasa a evaluar las actuaciones desplegadas por la Secretaria de Educación de Apartadó para atender a la situación particular de Adriana.

§162. En primer lugar, se resalta que la accionante puso de presente su situación de salud a la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó mediante derechos de petición del 6 de julio de 2023 y el 15 de enero de 2024.

§163. Por su parte, la Secretaría accionada manifestó que no había incapacidad vigente al momento de la desvinculación y que la condición médica de la accionante le permitía laborar sin contraindicaciones significativas, de acuerdo con la historia clínica de la accionante y las recomendaciones médicas contenidas en el certificado médico de aptitud laboral emitido por la EPS Sumimedical. A su vez, respecto a la finalización del nombramiento en provisionalidad, la Secretaría accionada indicó que este se encuentra justificado, pues obedeció a la necesidad de nombrar en periodo de prueba en el cargo a la persona que superó el concurso de méritos. En ese sentido argumentó que los derechos de las personas que fueron elegidas para ocupar las vacantes ofertadas en un concurso de méritos prevalecen respecto a

aquellas personas nombradas en provisionalidad que gozan de una estabilidad laboral relativa debido a su estado de salud.

§164. La Sala resalta que esta entidad también emprendió acciones afirmativas para atender a la especial situación de Adriana. De un lado, estima que no era pertinente valorar las recomendaciones médicas de la accionante como único criterio para evaluar su estado de salud, como si se debiese hacer un análisis propio de la estabilidad laboral reforzada que implica, entre otras cosas, analizar si las afecciones del trabajador impiden el efectivo desarrollo de sus funciones. La Sala se aparta de esta lectura por cuanto, como se indicó previamente, el análisis de la estabilidad laboral relativa supone evaluar que el servidor público nombrado en provisionalidad tenía alguna situación especial de salud al momento de la desvinculación, sin necesidad de ponderar elementos adicionales.

§165. Sin embargo, por otra parte, la Sala reconoce que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó adelantó medidas afirmativas para tratar de garantizar la protección a la estabilidad laboral relativa de Adriana. Especialmente, se destacan las siguientes:

a. a) En un primer momento, cuando la accionante fue desvinculada de su cargo, la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó la incluyó en un listado de docentes que se envió al Ministerio de Educación Nacional para que las personas que presenten enfermedades catastróficas u otras situaciones de protección especial sean tenidas en cuenta después de agotar el listado de elegibles del concurso de méritos, en el evento que se presenten vacantes temporales. Esto, teniendo en cuenta que no había vacantes disponibles que fueran similares al cargo que ocupaba.

Incluso la Secretaría accionada indica que, pese a que la accionante allegó de manera tardía la documentación solicitada para ser incluida en el citado listado, garantizó que ella fuese incorporada.

b) La Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó expidió el Decreto 647 del 17 de abril de 2024 mediante el cual se nombró en provisionalidad temporal a Adriana en una vacante en la institución educativa rural Bartolomé Castaño Vallejo-Cer Playa Larga hasta que durara la licencia de incapacidad por enfermedad común de la docente Yudithza Moreno Mena, quien fue nombrada en propiedad en la vacante mencionada. En el considerando 8 de este Decreto se indica que Yudithza Moreno Mena tenía una incapacidad desde el 8 de abril hasta el 7 de

mayo de 2024.

No obstante, la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó informó que la accionante rechazó este nombramiento, argumentando que dicha institución se ubica en una zona de difícil acceso y a una hora aproximadamente del casco urbano, incumpliendo con las condiciones que se deben tener en cuenta acorde a su estado de salud y a las recomendaciones suscritas por la EPS Sumimedical.

§166. Con esta actuación se evidencia que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó adoptó acciones afirmativas dirigidas a garantizar la protección especial relativa que ostentaba Adriana dada su especial situación de salud.

§167. Adicionalmente, la Sala evidencia que el Decreto 134 del 15 de enero de 2024, en el que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó le notificó a la accionante la finalización de su nombramiento en provisionalidad por cuenta del nombramiento en propiedad de Nubia Cecilia Prestán, tuvo una motivación razonable. En efecto, tras revisar el contenido de dicho Decreto la Sala encontró que este es claro en indicar que el motivo de la desvinculación de Adriana consistió en la necesidad de vincular a Nubia Cecilia dado que había ganado el empleo denominado “Docente de área humanidades y lengua castellana”, identificado con el OPEC 183043 que fue incluido en el proceso de selección n.º 2187 de 2021, adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

§168. Por consiguiente, la Sala estima que el citado Decreto 134 de 2024 no da cuenta de la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio en torno a las circunstancias de debilidad manifiesta, en relación con el estado de salud de Adriana. Este decreto tan solo resuelve la tensión entre la protección de los derechos de la accionante y el respeto de la carrera administrativa y los resultados del concurso adelantado por la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó, aplicando los mandatos expresos de la Constitución Política de 1991 y la necesidad de privilegiar el mérito en el acceso al servicio público.

§169. Pese a todo lo anterior, la Sala no puede desconocer, de acuerdo con su precedente constitucional, especialmente la Sentencia T-326 de 2024, que ante la terminación del nombramiento en provisionalidad de Adriana, quedó expuesta a que su situación de salud se vea considerablemente afectada. Como se indicó previamente, al analizar el estado de salud

de la accionante, es claro que, por su reciente diagnóstico de cáncer, junto a las demás patologías que le han sido diagnosticadas, es indispensable que ella cuenta con un seguimiento y tratamiento continuo. En ese sentido, se debe proteger el derecho a la salud de la accionante para que pueda acudir a los servicios médicos de manera continua e integral conforme a las enfermedades que padece.

§170. Conclusión. Con base en todo lo expuesto, la Sala concluye que la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó no le vulneró a Adriana sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo, a la salud, a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación, ni a la remuneración mínima vital y móvil.

§171. Remedio constitucional. La Sala reconoce la imposibilidad inmediata de reincorporar a Adriana al cargo que venía desempeñando y en el que fue nombrada Nubia Cecilia Prestán. Sin embargo, en aras de garantizar la continuidad en el acceso a los controles médicos y exámenes que le corresponde, se ordenará a la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó que, en caso que la docente no esté afiliada al Sistema de Salud, realice todas las gestiones, bien sea en el sistema contributivo o en el subsidiado hasta que obtenga la pensión de vejez, o sea afiliada al sistema por otro empleador.

§172. Igualmente, se aclara que la Sala no ordenará la vinculación inmediata de la accionante dado que, ella ya se encuentra priorizada para estos efectos por la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó y la posibilidad de que se dé una eventual vinculación depende de la condición de que se cuente con la respectiva vacante.

§173. Por último, la Sala considera necesario hacer un llamado de atención a la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó y la accionante en relación con la infructuosa expedición del Decreto 647 del 17 de abril de 2024 en el que se nombró a Adriana en provisionalidad durante un corto periodo comprendido desde el 8 de abril hasta el 7 de mayo de 2024. Esto por cuanto, con independencia de la proporcionalidad de las razones esgrimidas por la accionante, el hecho que ella haya rechazado dicho nombramiento representa una situación de ineficiencia administrativa que, además redundará en la afectación de los derechos de otros posibles servidores que, al igual que la accionante estaban a la espera de cualquier eventual vinculación tras haberseles finalizado sus nombramientos en provisionalidad y que, muy posiblemente, si hubiesen aceptado la plaza propuesta. No se debe perder de vista que las

vacantes de empleos públicos son limitadas.

§174. Por lo anterior, se ordenará a la Secretaría de Educación y Cultura de Apartadó que antes de expedir cualquier acto administrativo en el que vincule a las personas que se encuentran en las listas de prioridad por su especial situación de indefensión, valide si están o no dispuestos a aceptar la vacante. Esto es necesario para evitar que en el futuro se repita una situación como esta ya que, por el corto tiempo de la incapacidad de la servidora que debía ser reemplazada, podría ser más difícil emitir un nuevo acto administrativo y es posible que se haya desaprovechado dicha oportunidad que otras personas sí podrían haber aceptado.

Análisis sobre la protección especial alegada por la accionante en atención a su eventual calidad de pre pensionada

§175. El primer hecho narrado por Adriana en su acción de tutela se dirige a establecer que ella ha trabajado como docente desde el año 1992 en diferentes instituciones educativas, contando con más de 32 años de servicio en el sector público educativo. Pese a lo anterior, este es un debate que puede trascender del análisis propio del juez de tutela, máxime cuando quedó claro que la accionante ya cuenta con la calidad de sujeto especial de protección por su situación de salud. Además de que la Sala no cuenta con los elementos suficientes para definir la calidad de pre pensionada de la accionante.

§176. Aun cuando se acogiera la presunción de veracidad sobre las afirmaciones de la accionante, lo cierto es que no sería viable el amparo pues la estabilidad laboral reforzada del prepensionada genera la obligación de trato preferencial que debe cumplir la entidad nominadora “en la medida de las posibilidades”. Esa obligación se concreta en: (i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez. Esto, teniendo en cuenta las reglas previstas en la Sentencia SU-003 de 2018 como se explicó en el apartado de reglas generales.

§177. Remedio general. Para la Sala está fuera de discusión que las secretarías accionadas en los dos casos objeto de análisis actuaron conforme a lo prescrito en la Constitución, dando

prelación a las personas que ganaron concursos de méritos que les permitieron ocupar los cargos ocupados en los que las accionantes estaban vinculadas bajo la figura de la provisionalidad; toda vez que, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, en estos casos el mérito debe primar y además las personas desvinculadas cuentan con toda la libertad para presentarse a nuevos concursos de méritos.

§178. Sin embargo, la Sala observa que una decisión exclusiva en ese sentido generó una afectación intensa al derecho fundamental a la salud que resulta de especial importancia frente a personas que cuentan con una especial situación de salud dada la necesidad de contar con una vinculación permanente al Sistema de Seguridad Social en Salud que les permita acceder a los controles y seguimientos necesarios para contar con diagnósticos oportunos y eficaces.

§179. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala adoptará dos medidas que recaerán sobre la Circular 024 de 2023 y, en consecuencia, sobre el Ministerio de Educación Nacional que es la autoridad que la profirió.

§180. Primera medida. La primera consiste en ordenar al Ministerio que incorpore a la citada circular una estrategia que permita garantizar la continuidad en la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de las y los funcionarios en provisionalidad a quienes se les finaliza su nombramiento y que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por razones de salud, esto implica garantizar la continuidad del servicio ya sea en el régimen contributivo o en el subsidiado. Este mecanismo debe implicar que, se garantice que estas personas contarán con la afiliación inmediata en el régimen subsidiado de salud, una vez se les desvincule de la EPS en la que estaban registrados. Para ello, el Ministerio se deberá articular con las entidades que estime pertinentes.

§181. La anterior medida se deriva del hecho que frente a las personas que cuentan con una especial situación de salud cobra relevancia mantener una vinculación permanente al Sistema de Seguridad Social en Salud que les permita acceder a los controles y seguimientos necesarios para contar con diagnósticos oportunos y eficaces.

§182. Incluso parece que la afectación sobre la que Lorena y Adriana hacen mayor énfasis consiste en la desvinculación del Sistema de Salud a la que deberían enfrentarse tras haberse terminado su nombramiento en provisionalidad. La Sala estima que este puede ser

un riesgo inminente al que seguramente se enfrentan muchas personas que, tras estas vinculadas en provisionalidad, son retiradas del servicio público con el fin nombrar a quien cuenta con un mejor derecho tras haber ganado un concurso de méritos. Por ello, la Sala considera pertinente establecer una medida dirigida a que personas que se encuentren en situaciones como las de las accionantes puedan tener garantizada la continuidad en su atención a salud y una ruta conocida para el tránsito al régimen subsidiado, de no contar con otro empleo, en aras de mantener la continuidad del servicio. A esta conclusión se llega, teniendo en cuenta los hechos analizados y la aparente ausencia de una medida sobre el tema.

§183. En efecto, la Sala llama la atención sobre el hecho que en la Circular 024 del 21 de julio de 2023 proferida por el Ministerio de Educación Nacional y en la que se dan orientaciones generales para adelantar acciones afirmativas antes de dar por terminados los nombramientos en provisionalidad, solo se hace referencia a la posibilidad de reincorporar a las personas desvinculadas al servicio público. Sin embargo, no se evidencia ninguna medida adicional para hacer frente a la problemática evidenciada por esta Corte en los casos analizados. Esto es, no se adopta ninguna determinación que permita que las y los servidores públicos desvinculados puedan continuar con una afiliación al Sistema de Seguridad Social en salud y especialmente a verificar su inclusión en el régimen subsidiado que, como se indicó, resulta aún más relevante cuando las personas desvinculadas tenían alguna situación de debilidad manifiesta por razones de salud.

§184. Igualmente, vale la pena aclarar que esta medida general no riñe con aquella adoptada en los casos concretos. De un lado, el remedio adoptado en sus casos particulares se deriva de la aplicación de la jurisprudencia reseñada en el acápite considerativo de esta ponencia.

§185. De otro lado, el remedio general que apunta al establecimiento de un mecanismo que permita afiliar al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a las personas vinculadas en provisionalidad en razón a que tienen alguna situación de salud compleja, se soporta en las siguientes tres razones:

i. i. Primero, como ha sido expuesto, la principal preocupación de las personas vinculadas en provisionalidad que presentan una compleja situación de salud o que incluso son pacientes en remisión y que son retiradas del servicio en razón al mérito reside en la no continuidad en

la prestación de sus servicios de salud. Por ello, garantizar esta permanencia en el sistema permitiría reducir la litigiosidad en estos casos que, como también se señaló, no tienen un mayor margen de discusión dado que la regla de decisión de la Corte en estos asuntos es clara y apunta a que el mérito prevalece por mandato constitucional.

Igualmente, se destaca que esta no puede ser entendida como una medida regresiva ya que, ello implicaría asumir que el régimen subsidiado de salud tiene una menor cobertura o garantías respecto del régimen contributivo, cuando ello no es cierto. En efecto, por lo menos, desde la Ley 1122 de 2007 (art. 14) se estableció la obligación de definir estrategias que permitieran unificar las prestaciones de ambos regímenes; situación que, como ha indicado esta Corte, entre otras, en la Sentencia T-001 de 2018 ha permitido que hoy en día en desarrollo del principio de equidad, exista un único e idéntico Plan de Beneficios en Salud (PBS) para el régimen contributivo y subsidiado.

. En tercer lugar, esta es una medida que en cualquier escenario maximiza el derecho fundamental a la salud de quienes se encuentran en situaciones como las de las accionantes, al permitirles contar con un proceso expedito que garantice la continuidad en la prestación de sus servicios de salud.

§186. Con todo, se aclara que para adoptar esta medida, el Ministerio de Educación deberá garantizar que mientras que se realiza la efectiva afiliación al régimen subsidiado en salud, los trabajadores deberán contar con una afiliación temporal al régimen contributivo. Todo ello, se reitera, con el fin de proteger su derecho fundamental a la salud y maximizar el principio de continuidad.

§187. Segunda medida. La segunda apunta a ordenar al Ministerio de Educación que modifique la Circular 024 de 2023 con el propósito de suprimir las referencias a los requisitos propios a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud que, como se indicó no aplican frente a la estabilidad laboral relativa que ostentan los servidores vinculados en provisionalidad con complicaciones de salud.

§188. Por lo anterior, la Sala estima necesario ordenar al Ministerio de Educación Nacional que en la Circular 024 de 2023 incluya las reglas mucho más generales que la Corte ha establecido para determinar la procedencia de la garantía de la estabilidad laboral relativa por razones de salud a favor de los servidores públicos vinculados en provisionalidad.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Con relación al expediente T-10.121.578, REVOCAR por las razones expuestas, la sentencia de tutela proferida el 7 de marzo de 2024 en segunda instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia Caquetá, mediante la cual se negó el amparo solicitado y en su lugar TUTELAR, únicamente, los derechos fundamentales a la salud y vida digna de Lorena.

Segundo. Por tal razón y con relación al expediente T-10.121.578, ORDENAR a la Secretaría de Educación de Florencia (Caquetá) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie las actuaciones necesarias para que Lorena sea vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud en caso de no estarlo, en los términos de esta sentencia.

Tercero. Con relación al expediente T-10.153.714, REVOCAR por las razones expuestas, la sentencia de tutela proferida el 15 de marzo de 2024 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Apartadó (Antioquia) en el que declaró improcedente la acción de tutela, y en su lugar TUTELAR, únicamente, los derechos fundamentales a la salud y vida digna de Adriana.

Cuarto. En ese sent