

DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

A partir de la sentencia SU-250 de 1998 (mayo 26), la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa y consistente en señalar que el acto administrativo que declara insubsistente un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, debe indicar las razones o los motivos de tal determinación. Obligación esta que tiene como fin último garantizar el principio de publicidad y el derecho al debido proceso, pues solamente de esta manera el afectado puede contar con elementos de juicio mínimos para impugnar la decisión ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

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

Siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

ACCION DE TUTELA CONTRA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA-Caso en que la accionante fue desvinculada para nombrar de la lista de elegibles, a pesar de sufrir cáncer de cérvix

ACCION DE TUTELA CONTRA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA

JUDICATURA-Orden para vincular a la accionante en el cargo que ocupaba siempre que exista vacante y de no ser así, la afilie a seguridad social en salud

Referencia: expediente T-2899122

Acción de tutela instaurada por LUZ NEIRA MONSALVE ÁVILA contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Luis Carlos Marín Pulgarín

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil once (2011)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, Córdoba, el 7 de septiembre de 2010 que tuteló los derechos de la accionante, y en segunda instancia por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, proferido el 12 de octubre de 2010 que revocó el fallo de primera instancia y negó la protección de los derechos invocados por la accionante.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Neira Monsalve Ávila acudió en acción de tutela en contra de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la vida digna, a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, por haber sido desvinculada de su cargo secretaria nominada del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de

Montelíbano que ocupaba en provisionalidad, pese a estar enferma de cáncer uterino. La acción de tutela se fundamenta en los siguientes

1. Hechos

1.1. Para el momento de acudir en la acción de tutela, la accionante contaba con 50 años de edad, es contadora pública y su núcleo familiar está compuesto por sus dos hijos y su madre quien es una persona de la tercera edad con serios quebrantos de salud.

1.2. Fue designada por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Córdoba en el cargo de citadora, del que tomó posesión el 3 de abril de 1997 y a partir del cual fue ascendiendo, primero como escribiente y luego fue nombrada secretaria del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano - Córdoba-, el cual ocupó desde hace 8 años, hasta el 28 de mayo de 2010, fecha en que se designó un funcionario en propiedad con ocasión de la realización de un concurso de méritos para la provisión de cargos, entre ellos, el ocupado por la accionante, que iniciaría sus funciones el 14 de abril del mencionado año.

1.3. Hace aproximadamente 5 años le fue diagnosticado cáncer uterino, razón por la cual tuvo que someterse a un intenso tratamiento de quimioterapia, radioterapia y braquiterapia desde el año 2006, motivo por el cual debió retirarse de su cargo hasta marzo de 2007.

1.4. Actualmente la enfermedad se encuentra controlada pero la accionante debe seguir un tratamiento médico muy estricto que implica la constante toma de placas, radiografías, ecografías, mamografías y exámenes de laboratorio que tienen el fin de establecer que el cáncer no se haya trasladado a otro órgano.

1.5. A pesar de padecer la enfermedad mencionada, su empleador le comunicó que su contrato finalizaría el 28 de mayo de 2010, pese a que la accionante no tiene otro medio de subsistencia distinto a su trabajo.

1.6. La peticionaria solicitó que como medida provisional se oficiara al Juez Primero Promiscuo Municipal para que se abstuviera de posesionar a quien sería su reemplazo hasta tanto se fallara la acción de tutela.

2. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente

2.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Neira Monsalve Ávila, en la que consta que actualmente cuenta con 52 años de edad.

2.2. Fotocopia de la sentencia del 8 de agosto de 2008, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, en la que se le concedió el reintegro a una persona que padecía cáncer de pulmón y había sido desvinculada de su cargo de Director Seccional de Administración Judicial de Sucre en el que llevaba más de 14 años.

2.3. Fotocopia del informe de estudio anatopatológico en el que se establece que estudiados los tejidos extraídos de la paciente se encontró la presencia de un tumor maligno, específicamente denominado carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado de célula grande no queratinizante e infiltrante.

2.4. Fotocopia del concepto técnico médico para definir pérdida de capacidad laboral en el que se estableció que la señora Luz Neira Monsalve Ávila tenía cáncer de cervix y estaba en tratamiento de quimioterapia, y que se pronosticaba una pérdida de la capacidad laboral del 50% en principio pero que iba en aumento.

2.5. Fotocopia de la declaración juramentada que rindió la accionante el 26 de octubre de 2009 y en la que manifestó que es madre soltera de dos hijos y que además su madre también se encuentra bajo su responsabilidad económica por ser una persona de la tercera edad.

2.6. Fotocopia de la certificación de afiliación de la accionante a Saludcoop EPS, en la que consta además que su madre, la señora Eufemia Rosa Ávila Chamorro, es su beneficiaria.

2.7. Fotocopia de la respuesta que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba le dio a un derecho de petición presentado por la accionante. Se indicó allí que la Sala Administrativa no era la encargada de reubicar a los servidores judiciales y que lo único que podía hacer era publicar el listado de cargos vacantes para que los integrantes de los registros de elegibles anotaran sus opciones. Por último, se indicó que la solicitud fue remitida al COPASO y al Juez Primero Promiscuo Municipal de Montería para que en dichas instancias se estudiara su caso.

2.8. Fotocopia de la historia clínica de la accionante en la que se indicó que se trata de una

paciente con cáncer de útero que requiere quimioterapia y radioterapia por lo que se le ordenó incapacidad laboral mientras duraran dichos tratamientos. Consta en la historia clínica que a raíz de su enfermedad se han presentado en varias ocasiones otras patologías principalmente estomacales y respiratorias.

2.9. Fotocopia del auto mediante el cual se admitió la acción de tutela y se accedió a tomar la medida provisional de no nombrar al reemplazo de la accionante mientras se decidía de fondo la tutela.

2.10. Certificación en la que consta que la accionante fue trabajadora de la Rama Judicial en provisionalidad desde el 3 de abril de 1997 hasta el 28 de mayo de 2010.

2.11. Fotocopia del Acuerdo número 034 de 2006, por medio del cual se convocó a concurso de méritos para los cargos de carrera en tribunales y juzgados del distrito judicial de Montería y administrativo de Córdoba, en el que consta que uno de los cargos a proveer era el de secretario de juzgado municipal.

2.12. Acuerdo CSJC-PSA-017 del 17 de febrero de 2010, por medio del cual se modificó el Acuerdo CSJC-PSA-015 del 10 de febrero de 2010, a través del cual se formuló ante la Jueza Primera Promiscua Municipal de Montelíbano la lista de candidatos elegibles para el cargo de secretario de juzgado en orden de puntaje más alto.

2.13. Fotocopia del acta de posesión del señor Renny Jackson Daza Salomé como secretario nominado del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelibano, Córdoba, así como de la resolución por medio de la cual se hizo su nombramiento en propiedad.

2.14. Fotocopias de las resoluciones 016781 del 22 de noviembre de 2010, 014383 del 31 de octubre de 2011 y 2190 del 19 de diciembre de 2011, por medio de las cuales, el Seguro Social, negó a la actora el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación reclamada y, al resolver la reposición y apelación, confirmó la decisión recurrida.

3. Contestación de la entidad accionada y de los demás vinculados al proceso

3.1. Intervención del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba

Indicó el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba (lugar de trabajo de

la accionante), que, en efecto se suspendería la posesión de la persona que entró a reemplazar a la accionante en su lugar de trabajo acatando la orden emanada de la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Manifestó además que dicho despacho no fue nunca indiferente frente al estado de salud de la accionante. De hecho, indicó que desde al año 2006 se le han venido concediendo todos los permisos necesarios para el restablecimiento de su salud y que se le sugirió en dos ocasiones que realizara los trámites pertinentes “para hacerse acreedora de su pensión de invalidez”, obteniendo una respuesta negativa por parte de ella dado su temor a ver demasiado disminuidos sus ingresos. Por último, afirmó que la accionante también está tramitando su pensión de vejez en lo que se le ha colaborado en todo momento.

3.2. Intervención de Renny J. Daza Salomé

El señor Renny J. Daza Salomé, quien fue nombrado de la lista de elegibles para reemplazar a la señora Luz Neira Monsalve Ávila, indicó que conoció de la acción de tutela el 1° de julio de 2010 cuando se presentó a laborar como empleado de la Rama en propiedad y carrera judicial, al ser notificado de la resolución que suspendió su nombramiento como medida cautelar mientras se decidía de fondo la tutela. Consideró el señor Daza que no era posible realizar dicha suspensión por cuanto para la fecha en que se posesionó, la accionante ni siquiera había instaurado la acción de tutela y él ya se había incluso afiliado a la EPS Sánitas como dependiente de la Rama Judicial. Consideró, además, que en su proceso de selección, nombramiento y posesión se surtieron a cabalidad todos los requisitos de ley. Por todo lo anterior, solicitó que se revocara la medida provisional ordenada, consistente en suspender su posesión como secretario nominado del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba.

3.3. Contestación de la accionada

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba solicitó que se negara la acción de tutela incoada por la accionante con base en las siguientes razones:

Consideró que el nombramiento y posesión del señor Renny J. Daza Salomé en propiedad en el cargo de Secretario Nominado del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, fue consecuencia de un proceso de selección basado en una lista de elegibles, lo cual

significa que en el presente caso entran en contradicción los derechos de quien en un proceso de selección superó la fase del concurso de méritos y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y el derecho de la accionante respecto de su vinculación en provisionalidad, teniendo en cuenta que es madre cabeza de familia y que padece una enfermedad terminal.

Para ocupar un cargo de carrera dentro de la Rama Judicial se debe cumplir con los requisitos y condiciones que fije la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En este sentido, lo que se busca mediante la exigencia del sistema de carrera es, por una parte la realización del principio de estabilidad en el empleo y, por otra parte, la escogencia de los mejores trabajadores. Las formas de acceder a un cargo de carrera son dos, en propiedad o en provisionalidad. La primera se da cuando se superan todas las etapas del proceso de selección y la segunda se da hasta tanto se pueda hacer la designación definitiva por el sistema legalmente previsto. En el caso concreto, la accionante sabía que su vinculación era en provisionalidad, es decir, hasta tanto se realizara un proceso de selección para proveer el cargo; de esta manera, su desvinculación nada tuvo que ver con su estado de salud sino con la designación en propiedad de quien superó todas las etapas del concurso, teniendo en cuenta que quien ganó el concurso tiene un mejor derecho que quien ha sido nombrado en provisionalidad.

En lo relacionado con la situación de enfermedad de la accionante, consideró la Sala que los empleados nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera y que padezcan de una enfermedad, no tienen fuero de estabilidad alguno. El hecho de encontrarse enfermos no genera automáticamente un fuero de estabilidad en el empleo y no es un obstáculo para dar cumplimiento al régimen de carrera. En estos casos, la persona puede acudir al régimen subsidiado de salud o solicitar la pensión de invalidez.

En lo que se refiere a su situación de madre cabeza de familia, indicó que si bien aparece en el expediente una declaración extrajuicio de la accionante en la que indica ser madre cabeza de familia, no aportó los documentos que demuestran los gastos que de ello se derivan. Además, quedó demostrado que sus dos hijos son ya mayores de edad y laboran ambos en la Rama Judicial.

Por las anteriores razones, la entidad accionada consideró que la acción de tutela debía

declararse improcedente por cuanto el proceso de selección para proveer el cargo de secretario nominado del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba, se llevó a cabo en cumplimiento de todas las normas constitucionales y legales que lo regulan. Por otra parte, se consideró que la accionante podía acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativa para dirimir su conflicto.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de Primera Instancia

En un primer momento se le asignó el conocimiento del expediente en primera instancia a Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, entidad que falló negando la protección de los derechos de la accionante. Sin embargo, una vez recibida la impugnación de dicho fallo la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral-, ordenó declarar la nulidad de la sentencia del a quo por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería no era el juez competente para fallar, sino que lo eran los jueces del circuito. De esta manera, el expediente se asignó al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, Córdoba.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, Córdoba, se pronunció en primera instancia mediante sentencia proferida el día 7 de septiembre de 2010, en la cual consideró que el norte a tener en cuenta para fallar el proceso debía ser el Estado Social de Derecho y la protección de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio nacional. Indicó que, si bien el derecho que le asiste al señor Daza Salomé para acceder al empleo público para el cual concursó es indiscutible, por otra parte, no se puede desconocer que la actora padece de una enfermedad catastrófica y terminal y que el Estado está en el deber de garantizar sus derechos, entre ellos su derecho al trabajo, que por conexidad puede ser un derecho fundamental. Consideró el a quo que en el caso de la peticionaria, teniendo en cuenta su estado de salud, no se puede pensar simplemente en la protección que le ofrece la Ley 100 de 1993 por ser afiliada al sistema o en la protección que puede obtener en el régimen subsidiado, sin examinarse que sus derechos a la vida, a la dignidad humana y al trabajo están en peligro.

Indicó el juez constitucional que la actora, dada su enfermedad, requería una especial protección que debía tutelarse incluso por encima de los derechos del señor Renny Jackson

Daza Salomé. Por lo anterior, decidió proteger de manera transitoria los derechos de la accionante sin violar el derecho fundamental al trabajo del señor Daza, por lo que se le ordenó al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba el reintegro y reubicación de la accionante en un trabajo que pudiera realizar pese a su enfermedad, hasta que se definiera por la EPS la pérdida de su capacidad laboral en orden a determinar si la actora debe seguir trabajando o debe acceder a la pensión de invalidez.

2.2. Impugnación

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba impugnó la decisión de primera instancia indicando que la misma se fundó en consideraciones inexactas e incurrió en error esencial de derecho, desconociendo el ordenamiento legal vigente al ordenar al Consejo Seccional de la Judicatura reintegrar y reubicar a la señora Luz Neira Ávila Monsalve, por cuanto el artículo 131 de la Ley 270 de 1996 establece cuáles son las autoridades nominadoras de la Rama Judicial y consagra en su numeral 8 que para cargos de Juzgados el nominador es el Juez.

Por otra parte, indicó que la señora Luz Neira Ávila Monsalve no cumplió con el requisito de título de profesional en derecho para ocupar el cargo de secretaria en los Juzgados Municipales por lo que resulta imposible dar cumplimiento al fallo impugnado.

2.3. Sentencia de Segunda Instancia

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería profirió sentencia de segunda instancia el día 12 de octubre de 2010, y en ella indicó que por mandato constitucional no se puede desconocer que el mérito en la provisión de los cargos del Estado es el criterio predominante.

Consideró además que el acto de desvinculación de un funcionario que ha sido nombrado en provisionalidad no es discrecional y debe estar motivado o por una sanción disciplinaria o por la provisión respectiva del cargo mediante concurso, indicando que, de hecho, en el caso concreto, la accionante fue desvinculada por cuanto su cargo fue proveído tras la realización de un concurso de méritos que cumplió con todos los requisitos que exigen la Constitución y la ley. Por estas razones, la acción de tutela no tiene vocación de prosperar, y en lo que se refiere a su estado de salud, ella deberá buscar la manera de afiliarse al régimen subsidiado.

De esta manera, el juez de segunda instancia revocó la sentencia proferida por el a quo y negó la tutela de los derechos invocados por la accionante.

2.4. Insistencia en la selección del expediente, presentada por la Defensoría del Pueblo

El presente caso fue insistido para su revisión por el Defensor del Pueblo, al considerar que la situación de la actora encuadra dentro de la calificación de discapacitada y por lo mismo debe gozar de una protección especial. Lo anterior no significa que se deba desconocer el concurso de méritos por el cual se asignó el cargo que la accionante ocupaba en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba, sino que el Estado debe proteger a la accionante por la condición especial en que se encuentra.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Encontrándose el expediente en el despacho, la accionante hizo llegar los documentos respectivos en los que consta que se trata de una persona en situación de prepensionada. De hecho, ya solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y se encuentra a la espera de que se traslade su bono pensional.

IV. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las Acciones de Tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

El expediente fue seleccionado para su revisión mediante auto de la Sala de Selección Número Dos del 16 de febrero de 2011.

De acuerdo a los antecedentes descritos en precedencia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si la desvinculación laboral de que fue objeto la actora como Secretaria del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano –Córdoba-, cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, a pesar de padecer de cáncer de cervix, para proceder al

nombramiento mediante resolución 006 del 14 de abril de 2010 de la lista de elegibles a Renny Daza Salomé, persona que superó el concurso de méritos, afectó los derechos fundamentales que invocó.

Para resolver el problema jurídico planteado, se examinarán los siguientes temas: (i) presupuestos procesales de las acciones de tutela; (ii) motivación de los actos administrativos que desvinculan empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad; (iii) la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados y, (iv) solución al caso concreto.

3. Presupuestos procesales de las acciones de tutela.

Se pretende establecer en este punto si los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela se cumplen en esta oportunidad, para así estudiar el asunto de fondo y, en consecuencia, verificar si existe la vulneración a derechos fundamentales alegada por la demandante:

El primer presupuesto procesal exige que la acción de tutela haya sido presentada para buscar la protección de derechos fundamentales y no de otro tipo, lo cual en el asunto objeto de análisis se encuentra cumplido, pues a juicio de la accionante los derechos a la salud, a la vida, a la vida digna, a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, que ostentan el carácter de fundamentales a partir de lo señalado en la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corporación, fueron vulnerados por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, al desvincularla de su cargo de secretaria nominada del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba, cargo que venía ocupando por más de 8 años en provisionalidad.

El segundo presupuesto procesal se refiere a la existencia de legitimación en la causa por activa, es decir que se trate de la persona titular de la vulneración o amenaza del derecho fundamental para cuya protección puede actuar por sí misma o dentro de los supuestos establecidos en la respectiva codificación (Decreto 2591 de 1991, Art. 10), condición que en esta oportunidad se encuentra satisfecha, teniendo en cuenta que la demandante es titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba.

El tercer presupuesto procesal es la legitimación en la causa por pasiva, en virtud de la cual la solicitud de tutela debe presentarse contra cualquier autoridad pública, particulares encargados de la prestación de un servicio público o respecto de aquellos casos en los que se presente una relación de subordinación o indefensión, exigencia que también se encuentra cumplida teniendo en cuenta que la demanda de tutela está dirigida contra el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba.

El cuarto presupuesto procesal hace referencia a la inmediatez, es decir que la acción de tutela haya sido intentada dentro de un plazo prudencial o razonable que permita la protección actual, efectiva e inmediata de derechos fundamentales, límite temporal que en cada situación particular de acuerdo con los hechos y elementos probatorios deberá ser verificado por el juez para determinar la procedibilidad de la acción, pues “el prolongado paso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos que se muestran como violatorios de derechos constitucionales fundamentales y la interposición del mecanismo de protección, supondría la desfiguración de la acción judicial como mecanismo expedito y excepcional.”¹

En el asunto objeto de estudio, la declaratoria de insubsistencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba se dio a inicios del mes de mayo de 2010 y la acción de tutela fue formulada el 25 de mayo del mismo año, lo cual muestra que el plazo transcurrido es razonable y proporcional, razón por la cual el requisito de inmediatez se encuentra cumplido en esta oportunidad.

El quinto presupuesto procesal exige verificar que el peticionario no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la acción de tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela instaurada por la accionante tiene como pretensión que el juez constitucional ordene su reintegro al cargo que venía ocupando en provisionalidad en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano, Córdoba, y que, como medida provisional se suspenda el nombramiento de quien debía acceder al cargo tras haberse realizado un concurso de méritos.

En el presente caso, a juicio de la Sala de Revisión, a la actora no se le puede exigir que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la finalidad de buscar la revisión judicial de los actos administrativos por medio de los cuales, en su orden, fue desvinculada

del cargo de secretaria del Juzgado Primero Promiscuo Municipal en el que laboraba con la finalidad de que accediera en su reemplazo a quien superó el concurso de méritos y, del relacionado con el nombramiento de quien fue nombrado de la lista de elegibles. Lo afirmado, habida cuenta que, en principio, de los mencionados actos no parece predicarse ningún vicio que comprometa su legalidad y, por consiguiente, que permita su revisión por parte del juez contencioso administrativo con alguna posibilidad real de anulación y restablecimiento de los derechos alegados por la tutelante.

Verificados los presupuestos procesales de procedencia de la acción de tutela procederá la Sala a efectuar el estudio de fondo, para establecer si el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante. Para este propósito, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, se tratarán los temas que se anunciaron en el apartado 2.2. de esta providencia.

4. Motivación de los actos administrativos que desvinculan empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Reiteración de jurisprudencia

A partir de la sentencia SU-250 de 1998 (mayo 26), la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa y consistente en señalar que el acto administrativo que declara insubsistente un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, debe indicar las razones o los motivos de tal determinación. Obligación esta que tiene como fin último garantizar el principio de publicidad y el derecho al debido proceso, pues solamente de esta manera el afectado puede contar con elementos de juicio mínimos para impugnar la decisión ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sobre el particular la citada providencia indicó:

“El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatus de libre nombramiento y remoción.

... No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del señalamiento que se le hace.”

Para la Corte, la situación en la cual se encuentra un empleado de libre nombramiento y remoción es diferente de la del funcionario que ha sido designado provisionalmente en un empleo de carrera administrativa, pues mientras en la primera la desvinculación depende de la decisión discrecional del nominador -que no puede derivar en arbitrariedad-, en la segunda es necesario “que exista una razón suficiente desde la perspectiva del servicio, que justifique el retiro”², pues si bien son servidores públicos que no son titulares de las prerrogativas propias del sistema de méritos, cuentan con protección respecto de las razones de su desvinculación “que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).”³ (Subrayado por fuera de texto).

3. Del mismo modo, en jurisprudencia más reciente, se ha indicado lo siguiente:

“(…) Se presenta, pues, una diferencia entre los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. En relación con los primeros, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción, al tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador⁴. Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”⁵.

Bajo estas circunstancias, quien nombra goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha

sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución⁶.” Ha recalcado, al mismo tiempo, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno⁷.”

Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Como ya se mencionó, las personas que acceden a tales cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder, pueden ocupar un cargo. La provisión de estos puestos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley⁸. La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

Ahora bien, el ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”⁹. En numerosas ocasiones¹⁰ y especialmente en la sentencia SU-250 de 1998 se expresó la Corte en extenso sobre el particular. Trajo a la memoria la Corporación cómo el diseño institucional previsto por la Constitución Nacional había tenido como uno de sus principales propósitos el que la generalidad de los empleos públicos, fuesen ocupados por personas vinculadas a la carrera administrativa. Ello, con el fin de que el acceso a los cargos públicos se hiciera mediante concurso de méritos lo que de suyo implicaba la necesidad de brindar mayor estabilidad a los empleados y empleadas vinculados (as) de esta manera. (...)11. (Subrayado por fuera del texto original).

En lo atinente a la desvinculación del cargo, en la sentencia C-431 de 2010 se manifestó¹² que quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe poder gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia en el cargo, sólo pueda tenerse como válido cuando haya mediado motivación, toda vez que “solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación”. Por ello, “quien goza de la facultad

nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello 13, y se expresó:

“(…) la jurisprudencia constitucional ha recalcado cómo en vista de los límites trazados en relación con la discrecionalidad de quien goza de la facultad de nominación para declarar insubsistente a personas “gozan de una cierta estabilidad” que ha sido denominada por la Corte Constitucional como “estabilidad intermedia” de suerte que quien ocupe “cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción”[54]. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.” (Énfasis fuera del texto original).

“la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, como se explica a continuación”.

Como se evidencia, dicho precedente jurisprudencial reconoce el defecto con que nace el acto de desvinculación de cargos en provisionalidad sin motivación alguna. En esta misma providencia, la Corte reconoce que este tipo de conflictos debe tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo de manera general, pero pueden presentarse situaciones que habilitarían el uso de la acción de amparo.

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

En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de

las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos¹⁴. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor(a) a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente¹⁵.

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

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia¹⁶, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes 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, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa¹⁷, tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que

lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”¹⁸.

La Sala reconoce igualmente que las personas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, que deban ser desvinculadas para dar paso a quien superó el concurso de méritos, y que sufran de alguna limitación física, psíquica o sensorial, la garantía de la eficacia de sus derechos fundamentales también atañe al sistema de seguridad social, el que, por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentran el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral exigida¹⁹.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

6. Análisis del caso concreto

Una vez acreditados en el caso concreto los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela como se expuso en el apartado uno de la parte considerativa de esta providencia, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si la desvinculación laboral de la actora del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, a pesar de padecer de una enfermedad ruinosa o catastrófica, para proceder al nombramiento mediante resolución 006 del 14 de abril de 2010, de la lista de elegibles a la persona que superó el concurso de méritos, afectó

los derechos fundamentales que invocó.

Examinada la actuación del Juez Promiscuo Municipal de Montelíbano –Córdoba- contenida en la Resolución número 006 del 14 de abril de 2010²⁰, se encuentra que esta se basó en que debía proveerse el cargo de Secretario Nominado de ese despacho judicial, con el señor Renny Jackson Daza Salomé, persona que ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles conformada mediante Acuerdo CSJC-PSA-017 del 17 de febrero de 2010 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba²¹, luego de superadas las etapas del concurso convocado mediante Acuerdo 034 del 16 de agosto de 2006 emitido por la mencionada entidad²².

A juicio de la Sala de Revisión, la motivación del retiro del servicio de la actora es razonable y consecuentemente, no se evidencia, prima facie, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la circunstancia de debilidad manifiesta constitucionalmente protegida, relacionada con su delicado estado de salud originado en el cáncer de cervix²³ que padece desde el 30 de agosto de 2006, esto es, 3 años y 8 meses aproximadamente, antes de su desvinculación laboral²⁴ y, en todo caso, desde el mismo momento de la convocatoria al concurso de méritos.

Sin embargo, como se indicó en el apartado 6º de esta providencia, la Corte en la sentencia SU-446 de 2011 en la que resolvió algunos casos que guardan similitud con el que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, aunque no amparó los derechos fundamentales invocados por madres y padres cabeza de familia, prepensionados y personas con limitaciones que ocupaban en provisionalidad cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación por la prevalencia de los derechos de quienes debían acceder a esos cargos al superar el concurso de méritos, fue enfática en señalar que la entidad demandada sí tenía la obligación de prodigar un trato preferencial a ese grupo de personas como una medida afirmativa en aplicación del artículo 13 de la Constitución, previendo mecanismos para garantizar sus derechos cuando deba proveer los cargos con el o los concursos que efectúe con base en dicha providencia, motivo por el cual, le ordenó que, de ser posible, (de existir cargos vacantes), sean nuevamente vinculadas provisionalmente en cargos equivalentes a los que venían ocupando antes de su desvinculación, para lo cual debían demostrar cualquiera de esas condiciones para la época de su desvinculación y en el momento del posible

nombramiento.

En el caso examinado, encuentra la Sala de Revisión que antes de la remisión de la lista de elegibles al Juzgado Promiscuo Municipal de Montelíbano -Córdoba- para el nombramiento de quien debía ocupar el cargo de Secretario (a) de ese despacho judicial, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano -Córdoba-, han debido prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Monsalve Ávila, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de cervix que le fue diagnosticado en agosto de 2006, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de su salud. Como tal dispositivo no se previó a favor de la actora, el titular del mencionado juzgado, deberá proceder, de ser posible, a su vinculación de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante, habida cuenta que la alteración de la normalidad de su estado de salud, era evidente al momento de su desvinculación laboral y el consecuente nombramiento por el sistema de mérito de Renny J. Daza Salomé en el cargo que ocupaba la actora. En el caso de que el mencionado cargo no se encuentre vacante, y por tal razón no es posible el nombramiento de la accionante en el mismo, le corresponde al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba emprender las actuaciones necesarias para que se le garantice la vinculación a la seguridad social en salud, de tal manera que pueda acceder a un tratamiento integral de la patología que padece.

Constata la Sala igualmente, que los derechos invocados por la actora no cuentan con una garantía inmediata a través del sistema de seguridad social, en primer lugar, porque en el “CONCEPTO TÉCNICO MÉDICO INTERCONSULTOR PARA DEFINIR CALIFICACIÓN EVENTO DE SALUD O PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL”, obrante²⁵, se expuso que la actora sufría de cáncer de cervix, motivo por el cual estaba siendo tratada con quimiorradiación y que se pronostica una pérdida de capacidad laboral del 50%, que podía aumentar, pero no se le ha practicado dictamen que defina ese aspecto²⁶. En segundo lugar, mediante resolución 2190 del 19 de diciembre de 2011, el Seguro Social confirmó la negativa de reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada, contenida en la resolución 014383 del 31 de octubre de 2011, a pesar de que ese operador de pensiones acepta que la actora se encuentra en el régimen de transición, que le es aplicable la ley 33 de 1985 y que ha cotizado 31 años, 7 meses y 19 días (11.389 días), cumpliendo así con los 20 años de servicio como servidora pública, pero acreditó 53 años de edad, cuando requiere 55 según la citada ley.

Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta providencia, se seguirá la fórmula utilizada en la sentencia SU-446 de 2011, consistente, en este caso, en confirmar el fallo de segunda instancia emitido el 12 de octubre de 2010 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, a través de la cual negó el amparo solicitado. De la misma manera, se ordenará al Juez Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano -Córdoba-, que vincule nuevamente a la actora en el cargo que ocupaba antes de su remoción, siempre y cuando se encuentre vacante. En caso de que esta última circunstancia no se presente, se ordenará al Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba que afilie a la demandante al sistema de seguridad social en salud, hasta tanto se le reconozca y pague la pensión de invalidez o la pensión de jubilación, según el caso.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas, la sentencia de tutela proferida en segunda instancia el 12 de octubre de 2010 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

Segundo.- ORDENAR al Juez Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano -Córdoba-, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, vincule a Luz Neira Monsalve Ávila en forma provisional, en el cargo que ocupaba de Secretaria Nominada de ese juzgado, en el evento de que ese cargo se encuentre vacante y se demuestre al momento del posible nombramiento encontrarse afectada en su salud como consecuencia del cáncer de cervix que padecía para la época de su desvinculación laboral.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Monsalve Ávila en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad en sus labores, estará supeditado a que el cargo que llegue a ocupar sea provisto en propiedad mediante sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos,

entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010, o al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de jubilación, según el caso.

Cuarto.- ORDENAR al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería -Córdoba-, la notificación del presente fallo a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano -Córdoba- y a la señora Luz Neira Monsalve Ávila, dentro de los dos (02) días hábiles siguientes, contados a partir de recibir la comunicación de esta providencia realizada por la Secretaría General de esta Corte.

Quinto.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-1044 de 2007 (diciembre 4), M. P. Rodrigo Escobar Gil.

2 T-001 de 2009 (enero 16), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

3 T-007 de 2008 (enero 17), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia

C-292 de 2001.

5 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

8 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2002, T- 572 de 2003 y T- 1206 de 2004.

9 Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

10 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003; Sentencia T-132 de 2007; T-384 de 2007; T-857 de 2007; T-887 de 2007; T-007 de 2008.

11 Sentencia C-431-10.

12 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998; Sentencia T-610 de 2003. “Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno. /3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.” Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-752 de 2003: “Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las

razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.” A su vez la sentencia T-1011 de 2003 “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen.” Ver también sentencia T-222 de 2005.

14 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

15 Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

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

17 Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas

vinculadas en provisionalidad.

18 Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: “TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

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

19 En ese sentido, esta Corte en la sentencia T-566 de 2011, reiterando lo expuesto en la sentencia T-122 de 2010, sostuvo: “(...) el derecho a la seguridad social permite a las personas que se encuentran en circunstancias ajenas a su voluntad que las afecta física o mentalmente, originadas en la vejez, el desempleo o en una enfermedad o incapacidad laboral, la posibilidad de acceder a los medios que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. En este sentido, la pensión de invalidez cumple un papel indispensable en la protección de las personas afectadas por una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral con la consecuente dificultad o impedimento para obtener los recursos que les permite disfrutar de una vida decorosa”.

20 Folio 160 del cuaderno principal del expediente de tutela.

22 Folios 111 a 119 *ibid*.

23 Folio 31 del cuaderno principal, en el que aparece el “INFORME DE ESTUDIO ANATOPATOLÓGICO”, realizado el 30 de agosto de 2006 en Patólogos Asociados de Córdoba

Ltda.

24 Según afirmación de la actora que aparece a folio 5 del cuaderno principal.

25 Concepto Técnico Médico Interconsultor para definir Calificación de evento de salud o pérdida de capacidad laboral rehabilitación integral, que realizó Saludcoop EPS el 30 de julio de 2009 (folio 32 del cuaderno principal).

26 Según informó la actora telefónicamente a la Sala de Revisión.