

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Concepto

TEMERIDAD-Configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto circunstancias son diferentes por existir nuevos hechos

Encuentra la Sala que la accionante no incurrió en temeridad, habida cuenta que si bien existe identidad entre las partes, esto es, accionante y accionado, no existe identidad fáctica porque en la primera acción de tutela, el Juez Administrativo consideró la carencia de objeto debido a que la demandante continuaba en el ejercicio del cargo. Así mismo, existe en la acción de tutela, objeto de la actual revisión, una nueva situación consiste en que la accionante no ocupa el cargo.

ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS DE RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD-Procedencia cuando se trata de despido de trabajadores en situación de discapacidad

Tratándose de personas con discapacidad o sujetos amparados por la protección especial que brinda la estabilidad laboral reforzada, es claro que exigirles acudir a las vías ordinarias, desnaturaliza la protección e involucra desconocer una consideración especial en relación con sus particulares circunstancias físicas porque hace más difícil su desempeño frente a la debilidad que ostentan y puede ocasionar un verdadero perjuicio irremediable a la espera de agotar un proceso que en su forma puede ser hostil a la inmediatez requerida por la protección de derechos fundamentales. Así mismo, es claro que la Corte ha reconocido estas situaciones especiales y advertido en el caso de los discapacitados que la garantía y eficacia de sus derechos también atañe al Sistema de Seguridad Social.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

La Corporación al asumir la especial protección para personas con discapacidad, entiende la proporcionalidad entre los derechos de las personas sujetos de la estabilidad laboral reforzada y la necesidad de que la entidad acredite, objetivamente, las causas para

desplazar al trabajador objeto de la protección. Este criterio se garantiza a partir de la inversión de la carga de la prueba para exigir a la entidad demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación. Esta postura evita la vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por razones de salud, entre otras, no cuentan con las mismas posibilidades de los demás y es garantía del derecho a la igualdad.

CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD-Goza de estabilidad laboral relativa

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 REFORZADA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD-Orden a Gobernación, previa valoración médica, reintegre a la accionante a un cargo igual en provisionalidad al que venía desempeñando cuando se desvinculó

Referencia: expediente T-3831948

Acción de Tutela interpuesta por Amelia Rosa Solano Mateus contra la Gobernación de Santander.

Magistrado Ponente

ALBERTO ROJAS RIOS

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Adjunto de Bucaramanga, y en segunda instancia por la Sala

Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

## 1. ANTECEDENTES

1.- La señora Amelia Rosa Solano Mateus desempeñó en provisionalidad el cargo de Auxiliar Administrativo en el nivel asistencial identificado con el código 407, grado 15 en la planta de cargos administrativos para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Santander.

2.- Por medio de la convocatoria 001 de 2005 se sometió a concurso el cargo de Auxiliar Administrativo nivel asistencial código 407, Grado 15 a carrera administrativa. Cargo que era desempeñado por la accionante.

3.- El 8 de junio de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No 2137 del 8 de junio de 2012 OPEC2963 y en el artículo 6º conforma la lista de elegibles para proveer el cargo identificado con el número 29630, auxiliar administrativo código 407-0, figurando en el lugar 29 Rubiela Uribe Alonso, identificada con la cédula de ciudadanía No 28276905, quien asumió el cargo el 6 de diciembre de 2012.

4.- Con base en la Resolución 011566 del 3 de agosto de 2012, la Gobernación de Santander informa a la accionante la terminación de la relación laboral, debido al concurso aprobado por la señora Rubiela Uribe Alonso, quien desempeña el cargo en la actualidad.

5.- El 6 de agosto de 2012, de acuerdo al Oficio No 3277 la Coordinadora del Grupo Administración de Personal de la Gobernación de Santander comunicó a la accionante la terminación de la relación laboral.

6.- La accionante solicitó a la Gobernación de Santander le permitiera continuar en el cargo debido a la grave situación de salud que padece por la atención médica estricta que requiere.

7.- El 10 de julio de 2012, la Coordinadora del Grupo Administración de Personal en comunicación identificada con el número 2780, manifestó a la demandante que su situación no permite la aplicación del retén social-folios 38 y 39.

8.- El médico Hugo Díaz, identificado con el registro médico No 10871 certifica la

enfermedad que presenta “afección crónica cuyo seguimiento y manejo requieren control médico periódico estricto. Debe ser ubicada laboralmente en lugar de fácil acceso a servicios de salud, como por ejemplo cabeceras de municipio. Esta recomendación es de carácter permanente ya que su enfermedad es irreversible.”-folio 54.

## 2. Solicitud de tutela

1. La accionante alega como vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida, a la salud, a la dignidad humana, al debido proceso, a la seguridad social, al trabajo en condiciones dignas y justas, así como a la estabilidad laboral reforzada, debido a su grave estado de salud.

2. Presentó una acción de tutela anterior identificada con el radicado No 2012-211 ante el Juez Quinto Administrativo de la ciudad de Bucaramanga -folios 233 al 249.

3. El día 22 de mayo la accionante solicitó al Gobernador Richard Aguilar Villa su permanencia en el cargo debido a su grave estado de salud, consistente en riñones poliquísticos. Aclara que fue sometida a la extracción de uno de los riñones por lo avanzado de la enfermedad, y el otro sólo ejecuta su función en un 40%.

4. Aduce que su enfermedad es progresiva y requiere tratamiento de diálisis. Además es el único apoyo de sus hijas y no puede perder la seguridad social por el continuo tratamiento para su enfermedad. Explica que “[e]sto no quiere decir que no tenga las condiciones para poder seguir desarrollando las labores que desempeño como Auxiliar Administrativa en el Colegio las Flores. Mis hijas y yo dependemos únicamente del salario que recibo por mi trabajo”-folio 4.

## II. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS A LA ACCION DE TUTELA

-La Gobernación de Santander

La Jefe de Personal de la Gobernación de Santander se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela al considerar que no cumple con los requisitos para otorgar a la accionante la protección del retén social. Adicionalmente, habría incurrido en una tutela temeraria, porque interpuso una acción anterior por los mismos hechos y no aporta un hecho nuevo que permita otra clase de decisión-folio 192.

Adujo que la accionante es vinculada a la entidad en provisionalidad, situación clara desde el momento en el cual asumió el cargo. Así mismo, que al proveer el cargo por concurso quien lo aprueba adquiere lo que denominó "un mejor derecho" -folio 195.

Manifiesta que el concurso para ocupar el cargo desempeñado por la accionante no afecta sus derechos y continuará con la atención requerida por la E.P.S. Solsalud, entidad que asume los servicios y el pago de las incapacidades temporales. En consecuencia, existe desde esta perspectiva protección al mínimo vital de la accionante.

Adujo, frente al estado de salud de la accionante, que no acreditó la pérdida de la capacidad laboral, y de esta forma su condición de sujeto especial de protección; la accionante no estaría amparada por la Ley 361 de 1997, porque no cumple los postulados legales -folio 215.

Finalmente, que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como acudir a la jurisdicción laboral ordinaria, utilizando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras opciones legales que tiene a su disposición con el fin de enervar el acto administrativo de nombramiento del funcionario en carrera administrativa -folio 216.

-La Comisión Nacional del Servicio Civil

Explica que la continuidad de los trabajadores en provisionalidad permite ejercer un factor subjetivo en la designación, elemento eliminado con base en el mérito para el ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, propios de un concurso público y abierto-folio 176.

### III. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

#### 1. Sentencia de primera instancia

El 14 de diciembre de 2012, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Adjunto de Bucaramanga declaró la improcedencia del amparo solicitado por la accionante.

Como elementos medulares de la decisión hace referencia a la provisionalidad del cargo y al concurso de méritos organizado por la Gobernación de Santander con el acompañamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Aduce que la persona que obtuvo el cargo por concurso ostenta el derecho de ocuparlo y, por otro lado, la demandante no aprobó el concurso. El juzgado expresa que “[s]iendo así era deber de la accionante mostrar sus capacidades para ocupar el cargo en provisionalidad a través del concurso de méritos. Además no puede aducir que posee derechos a ser reubicada, o que se le aplique el retén social, primero, porque la reubicación es para empleados de carrera, y el retén social es para personas próximas a pensionarse, teniendo esta 42 años de edad.”- (Sic) folio 164.

Con base en la Sentencia de tutela T-849 de 2010, afirma que la reubicación de los empleados ocurre por la supresión y liquidación de la entidad. Por esta razón, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los empleados públicos de carrera en situación de vulnerabilidad exige que la administración garantice su ubicación en otra entidad en un cargo igual o equivalente al suprimido, así como otorgar el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente. En este orden de ideas la accionante no tendría los derechos de carrera ni se encontraría en situación de incapacidad. En sus propias palabras:

“Situación que desvirtúa la concesión del presente amparo como un mecanismo transitorio ante la ausencia de un perjuicio irremediable, que permitiera al juez constitucional, soslayar las instancias propias de cada juicio, teniendo en cuenta que no existe vulneración de derecho fundamental alguno de la señora AMELIA ROSA SOLANO MATEUS, por parte de la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

## 2. Impugnación

La accionante insiste en la vulneración de sus derechos porque no cuenta con una asignación económica que le permita mantener su mínimo vital debido a la atención médica de carácter permanente que requiere-folio 269.

Solicita se reconsiderere la decisión adoptada, se protejan sus derechos fundamentales, sin que se afecten los derechos del funcionario que obtuvo el cargo por concurso.

## 3. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, analizó la probable vulneración de los

derechos fundamentales de la accionante como consecuencia de su desvinculación del cargo desempeñado en provisionalidad.

Afirma que el cargo se sometió a concurso por la Gobernación de Santander, proceso que, según la decisión, también presentó la demandante pero que no superó de lo cual “se concluye en primer lugar que el cargo fue proveído en debida forma, pues en base (sic) al mérito se seleccionó a la persona que cumplió con los requisitos exigidos y superó las pruebas pertinentes”-folio 8.

Manifiesta que la accionante se desvinculó de la administración con base en una justa causa, en el entendido de que la Gobernación de Santander no vulnera derechos fundamentales por proveer cargos públicos con base en un concurso de méritos “todo lo contrario con la selección del mas(sic) apto se aseguran los fines del Estado y la naturaleza de los cargos públicos, que por ontología deben ser de carrera, resultando la excepción los de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, los trabajadores oficiales y los demás que se determinen, líneas que se desprenden directamente de lo preceptuado en la Constitución Política en su artículo 125”-folio 9.

Explica que lo pretendido por la accionante no tiene por objeto desconocer el efecto del concurso, sino su continuidad en el contrato, con el fin de evitar la suspensión del servicio médico del que era beneficiaria por su condición de funcionaria. La decisión continúa expresando la posibilidad de que la accionante logre otros empleos y, por ende, no estaría en indefensión, porque no es obligación de la administración otorgar estabilidad laboral a un trabajador en condiciones de provisionalidad; no sería imperativo atribuirle derechos de carrera.

Expresa la imposibilidad del juez de tutela para arrogarse la competencia de otros jueces, porque los derechos alegados por la accionante deben solucionarse por medio de un proceso ordinario, en particular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por tratarse de la inexistencia de un perjuicio irremediable, requisito que debe ser acreditado por el accionante así sea sumariamente.

Aduce que la demandante alega como razón suficiente que debido a su desvinculación no tendría derecho al servicio médico indispensable en su condición actual. La decisión expone: “Si bien, no se desconoce por parte de esta Sala la gravedad del padecimiento

nefrológico de la hoy recurrente, no se puede basar en ello para que el juez de tutela le exija a la administración otorgar un puesto dentro de la planta de personal, pues precisamente la provisionalidad implica, entre otras cosas, un límite en el tiempo conocido por la persona que se desempeña en el mismo, tanto es así que la señora Amelia Rosa participó en el concurso de méritos, principio que de ninguna manera se traduce en inestabilidad laboral, pues para que una persona sea removida de su cargo provisional debe existir un motivo suficientemente fundado que garantice entre otras cosas su derecho al debido proceso"-folio11.

Frente a la condición alegada por la accionante de ser madre cabeza de familia la decisión hace referencia a la Ley 790 de 2002 y a los criterios expuestos por la Corte Constitucional en esta materia para señalar que la accionante no aportó ninguna prueba que demostrara esta condición.

Concluye afirmando: "De los anteriores planteamientos, es factible darle razón al juzgador de primera instancia cuando concluyó que era improcedente la acción de tutela, pues no se observa la causación de un perjuicio irremediable ni mucho menos la vulneración actual de ningún derecho fundamental por parte de la entidad accionada, toda vez que no le es exigible jurídicamente la provisión de un cargo alterno, pues la provisionalidad del empleo fue suplida en debida forma, existiendo otras vías de carácter judicial si lo estima conveniente para proveerse de un cargo y no existe un perjuicio irremediable que deba evitarse a través del trámite de tutela"-folio 13.

#### 4. Insistencia

La Defensoría el Pueblo presenta insistencia con el fin de establecer la probable vulneración de los derechos de la accionante, quien sería sujeto de especial protección, habida consideración de su estado de salud actual. Si bien, el cargo era ejercido en provisionalidad, argumenta el defensor del pueblo, se sometió concurso y es menester que la Corporación revise los fallos. Adicionalmente, expresa que "se presentaron dos circunstancias que no fueron consideradas por los jueces de tutela: en primer lugar, la accionante no tuvo la oportunidad de participar en el concurso de méritos en tanto fue sometido a convocatoria antes de la posesión de la accionante en provisionalidad; en segundo lugar, los derechos de protección laboral reforzada, como la atención médica permanente que reclama serían

demandables por vía de tutela, independientemente de la razón objetiva para justificar su retiro. Si bien esa razón es válida, por si sola no justifica las consecuencias que se derivan de su aplicación sin tener en cuenta las demás circunstancias puestas por la accionante a consideración de su empleador aún antes de su desvinculación como su situación grave de salud y su condición de mujer cabeza de hogar y que condujeron irremediablemente a la vulneración de los derechos que se derivan de la protección laboral reforzada de la que es titular". (Sic)

## 5. Pruebas que obran en el expediente

- Escrito de tutela presentado por la accionante-folios 3-20.
- Copia de la Resolución No 011566 del 3 de agosto de 2012, suscrita por el Gobernador del Departamento de Santander-folio 21.
- Copia del oficio del 6 de agosto de 2012, identificado con el número 340046, suscrito por MARIA AYDE AFANADOR MORENO, Coordinadora del Grupo Administración de Personal-folio 22.
- Copia de la Historia clínica de la demandante-folios 24-30 y 42-148.
- Copia de las peticiones presentadas por la demandante el 22 de mayo y 4 de julio del año 2012-folios 31 y 150.
- Oficio suscrito por María Aydé Afanador Moreno, coordinadora Grupo Administración de Personal -folios 35-39
- Memorial suscrito por María Ayde Afanador Moreno presentado al Juez Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bucaramanga-folios 190-217.
- Memorial suscrito por Sergio Mejía Zea en su calidad de asesor de la Comisión Nacional del Servicio Civil-folios 172-177.
- Copia de la Resolución No 2137 del 8 de junio de 2012 - folios 182 al 188.
- Memorial de tutela suscrito por la accionante y presentado ante los jueces laborales en agosto de 2012-folios 233 al 249.

- Anexos de otros casos que han negado el amparo por los mismos hechos-folios 250-267.
- Memorial de impugnación suscrito por la demandante-folios 268-272.
- Memorial de insistencia presentado por la Defensoría del Pueblo.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el expediente de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Dicho expediente fue seleccionado el 16 de mayo de 2013, por la Sala de Selección número cinco.

##### 2. Planteamiento del problema y solución del caso concreto

La accionante demanda la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida, a la salud, a la dignidad humana, al debido proceso, a la seguridad social, al trabajo en condiciones dignas y justas y al mínimo vital. Alega la protección de estos derechos, pues padece de una enfermedad degenerativa denominada riñones poliquísticos, por lo que requirió la extracción de uno de aquellos y en el otro presenta una función sólo del 40%. También, advierte que es madre cabeza de familia. Estos aspectos mencionados en la acción de tutela interpuesta permitirían, en criterio de la accionante, aplicar en su favor la estabilidad laboral reforzada, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional.

De otro lado, las entidades vinculadas a la acción de tutela, la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil advierten que la accionante conocía su situación de provisionalidad desde el 2008, momento en cual comenzó a desempeñar el cargo. Adicionalmente el cargo ocupado, por la accionante, es sometido a concurso sin que aquella participe y quien resultó elegida para desempeñarlo adquiere un derecho legítimamente obtenido.

La Sala considera que el problema jurídico se resume en el siguiente

cuestionamiento: ¿Vulneró la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante desconociendo su situación de salud, consistente en la enfermedad de riñones poliquísticos desplazándola en sus funciones en razón de que su cargo fue ocupado por concurso sin proveerle ninguna alternativa laboral, que le permitiera continuar con un ingreso para el sostenimiento de su familia y de la atención médica que requiere?

Para resolver el interrogante planteado, la Sala considera oportuno referirse a los siguientes temas: (i) Estabilidad laboral reforzada cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional; (ii) Alcance de la acción de tutela para controvertir actos de retiro de funcionarios en provisionalidad (iii) Cargos proveídos por concurso frente al concepto de estabilidad laboral reforzada; (iv) Caso concreto.

### 3. Asunto previo

Antes de dilucidar el problema jurídico que concita la decisión de tutela, la Sala se referirá, a la temeridad de la acción de tutela alegada por la representante de la Gobernación de Santander en el memorial que presentó ante el juzgado de primera instancia. Cabe aclarar que en la decisión proferida por ese despacho el 14 de diciembre de 2012, se hace referencia a que las entidades vinculadas no ejercieron su derecho a controvertir lo manifestado por la accionante en la demanda de tutela-folio 162, por lo extemporáneo de las respuestas, esto es, la presentada por la Gobernación de Santander el 18 de diciembre de 2012 y la correspondiente a la Comisión Nacional del Servicio Civil el 14 de ese mismo mes y año. Con todo, la Sala advierte que se pronunciará en sede de revisión respecto de los argumentos expuestos por ambas entidades.

La temeridad al presentar una acción de tutela está regulada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991:

“ARTICULO 38. ACTUACION TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

La acción de tutela es un instrumento protector de los derechos fundamentales, cuya

aplicación es excepcional en relación con los mecanismos ordinarios de tutela judicial; de ahí la necesidad de prevenir la presentación de tutelas indiscriminadas ante varios jueces o tribunales, con el propósito de buscar la decisión más benéfica, ya no desde una perspectiva legal, sino a través del abuso del derecho. La Corte ha reiterado el concepto de temeridad y fijado sus elementos[1]. Para la Corte la temeridad ocurre cuando se cumplen los siguientes requisitos de (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer una nueva acción, aspecto que deberá evaluar el juez constitucional teniendo como referente la presunción de buena fe del accionante.[2]

En el caso concreto, la Sala advierte que la accionante presentó en el mes de agosto de 2012 una acción de tutela contra el Departamento de Santander, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, salud, vida, dignidad humana, debido proceso, seguridad social, trabajo en condiciones dignas, y al mínimo vital-folios 233 al 249. La propia demandante advierte esta situación, lo que constituye un acto de lealtad; en sus propias palabras: “En acción anterior con radicado 2012-211 el Juez Quinto Administrativo de Bucaramanga, concluyó la no procedencia de la acción de tutela por encontrarme al momento de la presentación de la misma vinculada con la administración, aun cuando se me había proyectado mi retiro. Teniendo en cuenta lo expresado por el juez en su fallo, en el sentido que había carencia de objeto por estar vinculada, HOY, no ocurre lo mismo, pues a partir de la fecha esto (sic) fuera del servicio, lo que implica de contera mi retiro de los servicios médicos, aun cuando me encuentro en tratamiento permanente”. (Negrilla y subraya en el texto).

Encuentra la Sala que la accionante no incurrió en temeridad, habida cuenta de que si bien existe identidad entre las partes, esto es, accionante y accionado, no existe identidad fáctica porque en la primera acción de tutela 2012-211, el Juez 5º Administrativo de Bucaramanga consideró la carencia de objeto debido a que la demandante continuaba en el ejercicio del cargo. Así mismo, existe en la acción de tutela, objeto de la actual revisión, una nueva situación consiste en que la accionante no ocupa el cargo.

Ahora la Sala se referirá a los aspectos que constituyen el fondo de la decisión para dilucidar el Caso concreto, de esta manera reconstruirá la línea jurisprudencial pertinente al asunto objeto de decisión.

#### 4. Alcance de la acción de tutela para controvertir actos de retiro de funcionarios en provisionalidad

La existencia de otros mecanismos de defensa judicial no implica que la tutela deba ser declarada improcedente de plano, por el contrario, en cada caso concreto el juez debe determinar si las acciones disponibles pueden proveer una protección eficaz y completa a quienes la interponen. Al respecto, “la Corte ha sostenido que en ciertas ocasiones los mecanismos ordinarios se reflejan como desproporcionados para quien debe incoarlos, dados los costos que representan y la duración promedio de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa, no resultando entonces idóneos para garantizar en forma inmediata la efectividad de los derechos constitucionales que se anuncian como vulnerados, cuando no son lo suficientemente expeditos para brindar dicha garantía”[3].

Tratándose de personas con discapacidad o sujetos amparados por la protección especial que brinda la estabilidad laboral reforzada, es claro que exigirles acudir a las vías ordinarias, desnaturaliza la protección e involucra desconocer una consideración especial en relación con sus particulares circunstancias físicas porque hace más difícil su desempeño frente a la debilidad que ostentan y puede ocasionar un verdadero perjuicio irremediable a la espera de agotar un proceso que en su forma puede ser hostil a la inmediatez requerida por la protección de derechos fundamentales. Así mismo, es claro que la Corte ha reconocido estas situaciones especiales y advertido en el caso de los discapacitados que la garantía y eficacia de sus derechos también ataña al Sistema de Seguridad Social:

“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 ataña 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 exigida[4].”

La posibilidad de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho así como los mecanismos ordinarios de tutela no permite una respuesta pronta y eficaz que si, de acuerdo con la situación de debilidad, puede proveer la acción de tutela. Esta afirmación no

implica que la acción de tutela se utilice de una forma indiscriminada, porque ello subvertiría el orden jurídico que prevé procedimientos que garantizan el debido proceso con el propósito de resolver los conflictos.

## 5. Estabilidad laboral reforzada cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional

La corporación ha reiterado la protección de la cual gozan las personas en situaciones particulares de protección, por su condición vulnerable. En relación con estas condiciones, por ejemplo en la acción de tutela T-504 de 2008[5], expresó:

“De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado debe proteger especialmente a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta con motivo de su condición económica, física o mental. En concordancia con este mandato constitucional, el artículo 47 Superior establece que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. Por su parte, el artículo 54 de la Carta dispone el deber del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

(...)

La Corte Constitucional, con base en las normas citadas precedentemente, ha señalado que las personas con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación[6], siendo una de sus mayores implicaciones la inversión de la carga de la prueba, de suerte que se constituye una presunción de discriminación sobre todos los actos que tengan por finalidad desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores con alguna discapacidad, al punto que corresponde al empleador desvirtuar la presunción y demostrar que tales actuaciones atienden a una causal objetiva”[7].

Este criterio involucra la consideración de un tratamiento distinto para aquellas personas que presentan una discapacidad en el ejercicio de la actividad laboral. Ahora bien, no existe una inamovilidad absoluta del trabajador, aquella puede sobrevenir cuando ocurre una causa objetiva como cuando la administración somete los cargos a concurso de méritos, o se

trata de la restructuración de la entidad.

La Corporación al asumir la especial protección para personas con discapacidad, entiende la proporcionalidad entre los derechos de las personas sujetos de la estabilidad laboral reforzada y la necesidad de que la entidad acredite, objetivamente, las causas para desplazar al trabajador objeto de la protección. Este criterio se garantiza a partir de la inversión de la carga de la prueba para exigir a la entidad demostrar una causa objetiva que permita la desvinculación. Esta postura evita la vulneración de los derechos fundamentales de quienes, por razones de salud, entre otras, no cuentan con las mismas posibilidades de los demás y es garantía del derecho a la igualdad. Cabe precisar que en fallos recientes la Corporación ha acogido el criterio expuesto por la Sentencia SU-446 de 2011, con el fin de no hacer más gravosa la situación de aquellas personas discapacitadas. En desarrollo de este criterio, en un caso en el cual la accionante interpuso acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Judicatura, por desplazarla del cargo que ostentó en calidad de provisionalidad[8], la Sala aseveró:

“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 ibídем),

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”.

La Jurisprudencia[9] de la Corporación en relación con el estado de afectación física de una persona ha puesto de presente que:

“La especial protección laboral de las personas discapacitadas, en el ámbito positivo y

negativo, ocurre cuando quiera que la imposibilidad de acceder al mercado laboral o la exclusión del mismo se produzcan como consecuencia de su estado de debilidad manifiesta, por cuanto la protección se dirige a evitar precisamente que ellos sean objeto de discriminación con ocasión de sus limitaciones. Ahora bien, resulta necesario destacar que, para la Corte, están amparados por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitados, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya sea por acaecimiento de un evento que afecta su salud, o de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional, o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente. No obstante lo anterior, aun cuando la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen una afectación significativa de su salud pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral. (Subraya la Sala)".

Ahora bien, la grave enfermedad que presenta la accionante, denominada riñones poliquísticos amerita la calificación de su enfermedad, por parte de la seguridad social para establecer si tiene derecho a una pensión, consecuencia de su padecimiento o a cualquier otro beneficio. Por ello la jurisprudencia ha ordenado el reintegro del trabajador previa valoración de carácter médico, con el fin de preservar ante todo la salud de quien es sujeto de especial protección habida cuenta de la disminución que padece.[10]

## 6. Los cargos proveídos por concurso en relación con la estabilidad laboral reforzada y la provisionalidad

La jurisprudencia de la Corte ha reiterado el trato preferencial que las entidades deben observar en relación con la condición especial de algunas personas. En este sentido ha expresado la especial protección respecto a (i) las madres y padres cabeza de familia; a (ii) las personas próximas a pensionarse; a (iii) las personas con discapacidad.

De otra parte, la protección de los funcionarios que están en provisionalidad es relativa en el entendido de que ejercen su función con la posibilidad de ser desplazados cuando el

cargo se provea en concurso de méritos, condición esta que tiene un derecho preferente en relación con quienes no participaron en el mismo. Ahora bien, cuando se trata de un funcionario que ejerce su función en provisionalidad y además está en condiciones de debilidad manifiesta, de conformidad con lo ya expuesto requiere el respeto de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, sin desconocer la posición de quien accedió al cargo por aprobar el respectivo concurso de méritos.

Sin embargo, la Corte ha precisado algunas medidas tendientes a no desconocer los derechos de quienes se encuentran en las condiciones de vulnerabilidad que implican una especial protección. Así en la sentencia de unificación SU 446 de 2011, al pronunciarse en relación con los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, madres y padres cabeza de familia y prepensionados expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[11], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación[12]. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

Para el caso subexámine es claro que al presentarse el cargo a concurso la accionante perdió esa estabilidad de carácter relativo que menciona la Corporación. Así mismo, esta sentencia de unificación establece que es menester respetar los derechos de aquellos que están en condición de vulnerabilidad:

“Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, 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) las personas en situación de discapacidad".

La Sentencia transcrita, pone de presente que si bien existe discrecionalidad de la entidad en cuanto al registro de elegibles, también debió proteger las personas que se consideran en indefensión, por lo menos para ofrecerles una protección distinta en relación con su situación. En el caso objeto de esa decisión la Corporación llega a la conclusión de que la fiscalía vulneró el artículo 13 de estas personas, habida consideración que debió tomar medidas previas para evitar la mencionada vulneración. También la Sentencia manifiesta que la fiscalía debió implementar mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones mencionadas fueran las últimas en ser desvinculadas, todo ello con el propósito de proteger su derecho a la igualdad.

En esta misma línea de pensamiento, la Sentencia T-462 de 2011[13], reconoció que las personas que sufran de alguna discapacidad psíquica, o sensorial que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera y deban ser desvinculadas como consecuencia del concurso de méritos requieren protección por el 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 encuentra el porcentaje mínimo de disminución de capacidad laboral".

La seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

## 7. El caso concreto

La Sala observa que la demandante presenta un deterioro importante de su salud, de conformidad con la historia clínica que allega. Se trata de una enfermedad denominada riñones poliquísticos padecimiento de índole degenerativo que involucró la pérdida y extracción de uno de sus riñones, así como una disminución notoria del 40% en la función

del otro órgano, requiriendo diálisis. Este padecimiento es valorado a parir de la historia clínica allegada al expediente en la cual el médico tratante expresa que “[p]resenta afección crónica, cuyo seguimiento y manejo requieren control médico periódico estricto. Debe ser ubicada laboralmente en lugar de fácil acceso a servicios de salud, como por ejemplo cabeceras de municipio. Esta recomendación es de carácter permanente ya que su enfermedad es irreversible”. -folios 32-148.

Queda claro que las entidades, tratándose de las personas de especial protección como en este caso con una discapacidad, deben proteger sus derechos fundamentales. En el caso concreto, la accionante se desempeñó en el cargo de Auxiliar administrativo Nivel asistencial código 407, grado 15 en la planta de cargos administrativos para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Santander, a partir del 2008. De conformidad con la historia clínica que aporta la enfermedad presenta aproximadamente, 13 años de evolución.

La Gobernación de Santander, por medio de la convocatoria No 001 de 2005 convocó a concurso abierto de méritos aquellos empleos en vacancia definitiva, provistos o no mediante nombramiento provisional o encargo. Una vez cumplidas las etapas del proceso de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No 2137 del 8 de junio de 2012 y conformó la lista de elegibles con el fin de proveer los empleos de carrera de la mencionada Gobernación, según lo dispuesto en el acuerdo 25 del 18 de julio de 2008. En la misma Resolución se advierte que el cargo era desempeñado por la accionante, y por concurso lo obtuvo Rubiela Uribe Alonso- folio21

La Gobernación ha demostrado en el proceso una causal objetiva, por medio de la cual la demandante puede ser desplazada del cargo como consecuencia del concurso de méritos realizado por la Gobernación de Santander para proveer los cargos que se encontraban en provisionalidad. La lista de elegibles integrada por las personas que participaron en el concurso les permite un mejor derecho, frente a quienes se encontraban en la condición de provisionales.

Con base en lo anterior, la Sala concluye que la Gobernación de Santander ha debido tomar las previsiones para establecer quiénes estaban en las condiciones que menciona la sentencia de unificación SU 446 de 2011, con el propósito de no desconocer sus derechos.

La Gobernación de Santander no hizo ningún esfuerzo por proteger los derechos a la igualdad, y a la estabilidad laboral reforzada de la accionante debido a su condición de debilidad manifiesta. Justificó esta entidad, así como la Comisión Nacional del Servicio Civil su decisión en el concurso con un equívoco adicional, entender que la demandante pudo participar en igualdad de condiciones; aspecto no demostrado en el proceso, habida consideración de que la convocatoria ocurrió en el 2005 y la accionante comenzó a desempeñarse en el cargo en el 2008, así advierte la Sala no podía participar en igualdad de condiciones tal como lo expresa el Defensor del Pueblo en la insistencia presentada.

La protección de los derechos de la accionante a la estabilidad laboral reforzada, y la igualdad, acredita que la entidad demandada no cumplió con lo previsto en la sentencia de unificación ya mencionada en el sentido de considerar su situación especial[14]:

“Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados”.

Por ello no existe duda para la Sala en advertir que la Gobernación de Santander vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y estabilidad laboral reforzada, de la accionante a pesar de existir una causa objetiva como es el concurso y no permitir su continuidad en un cargo de igual condición, esto es, en provisionalidad.

Por último, pese a que los anteriores argumentos son suficientes para conceder el amparo, la Sala encuentra pertinente señalar que las decisiones de tutela objeto de revisión, en este proceso, como ya se advirtió incurren en algunos equívocos: El aquo sostuvo en decisión del 14 de diciembre de 2012 que el cargo fue sometido a concurso y “el mismo no fue superado por la accionante”. En la misma decisión, en cuanto al derecho a ser reubicada, manifiesta que “[a]demás no puede aducir que posee derechos a ser reubicada, o que se le

aplique el retén social, primero, porque la reubicación es para empleados de carrera, y el retén social es para personas próximas a pensionarse, teniendo esta 42 años de edad."- folio- 164.

Admitir que la protección especial por condiciones de debilidad sólo es aplicable para las personas próximas a pensionarse, implica contradecir la jurisprudencia de la Corte que reconoce protección especial a las personas discapacitadas, madres cabeza de familia y personas próximas a pensionarse. En el mismo sentido, en decisión de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga afirma:

"Se destaca que la señora Amelia Rosa estaba vinculada al Departamento de Santander en un cargo en provisionalidad, cargo que se suplió a través de el concurso de méritos hecho por la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso de selección que la accionante también presentó pero que no superó, de lo cual se concluye en primer lugar que el cargo fue proveído en debida forma, pues en base al merito se seleccionó a la persona que cumplió con los requisitos exigidos y superó las pruebas pertinentes". (Sic) (Énfasis de la Sala).

Estas imprecisiones demuestran un deficiente estudio del caso en su condición de juez constitucional porque está probado que la accionante no podía participar en el concurso ya que la convocatoria ocurrió en el 2005 y aquella comenzó sus labores en el 2008.

Ahora bien, no es menos cierto que la fórmula de protección en estos casos debe ponderar los derechos de quien es sujeto de estabilidad laboral reforzada con los derechos de quien ha accedido a un cargo por concurso. Desde este punto de vista es claro que una causal objetiva, para ello, como someter el cargo a concurso en principio justificaría el retiro del cargo en provisionalidad de la accionante, sin olvidar su condición de especial protección.

Por este motivo, es pertinente seguir la misma línea jurisprudencial expuesta en las Sentencias SU 446 de 2011, T-613 de 2011, T-462 de 2011, fallos que permiten la protección de las personas en circunstancias de incapacidad física en las cuales se tomaron entre otras decisiones, la valoración médica previa, y la afiliación a la seguridad social hasta establecer si hay lugar a pensión por invalidez. Por lo anterior la Gobernación de Santander deberá realizar las labores pertinentes para el reintegro de la accionante no en el mismo cargo ganado por concurso por parte de quien lo ejerce actualmente, sino en otro con las mismas condiciones, en provisionalidad y en la medida de lo posible para la

entidad[15], previa valoración médica que establezca la incapacidad de la accionante. En caso de que no sea posible su reintegro por carencia de cargos en provisionalidad, deberá la entidad demandada garantizar la seguridad social en salud de la accionante hasta tanto se le reconozca y pague la pensión de invalidez si a ello tuviere derecho[16].

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento Adjunto de Bucaramanga y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga dentro de la acción de tutela promovida por Amelia Rosa Solano Mateus contra la Gobernación de Santander.

Segundo.- TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, e igualdad de la ciudadana Amelia Rosa Solano Mateus.

Tercero.- ORDENAR a la Gobernación de Santander, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, previa valoración médica que de cuenta de que es apta para trabajar y las condiciones en que puede hacerlo, sin riesgo para su salud, realizada a través de la entidad con la que tenga a cargo el desarrollo del plan de salud ocupacional, reintegrar a la señora Amelia Rosa Sola Mateus, si está de acuerdo, a un cargo igual en provisionalidad al que venía desempeñando cuando se desvinculó.

Cuarto.- ORDENAR a la Gobernación de Santander que en caso de que no exista vacante en provisionalidad para proveer un cargo a la ciudadana Amelia Rosa Solano Mateus, dentro del término de 48 horas realice la actividad pertinente para mantener a la accionante afiliada a la seguridad social en salud con el propósito de que continúe con el tratamiento integral que requiere su enfermedad hasta que exista certeza de la invalidez que pueda llegar a tener y que le permita el reconocimiento de la pensión por esta causa si tuviere derecho.

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

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-939 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reitera lo expuesto en la sentencia T- 1215 de 2003, que definió la acción temeraria como “aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”.

[2] Ibídem.

[3] Ibídem.

[4] 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”.

[5] Sentencia T-504 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[7] Cfr. Sentencias T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[8] Sentencia T-462 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[9] Sentencia T-019 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[10] Sentencia T-613 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

[11] La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

[12] Cfr. Corte Constitucional 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 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

[13] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[14] Sentencia SU 446 de 2011.

[15] Sentencia SU 446 de 2011.

[16] Sentencia T-462 de 2011.