

Señor(a)
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR (REPARTO)
E. S. D.

REF. ACCION DE TUTELA.
ACCIONANTE: ALEXANDER ASPRILLA ROBLES.
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE VALLEDUPAR

ALEXANDER ASPRILLA ROBLES, Mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No 77.189.818 de Valledupar, acudo ante su despacho con el fin de Instaurar ACCION DE TUTELA, contra la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE VALLEDUPAR representada legalmente por el secretario de educación CAMILO ANDRES PINTO MORON o quien haga sus veces al momento de la notificación POR LA VIOLACIÓN DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES a la salud y por conexidad a la vida, al mínimo vital a la seguridad social, al trabajo a la estabilidad laboral reforzada, al debido proceso como padre cabeza de hogar, y los derecho de mis menores hijos entre otros y los que se puedan derivar de la acción u omisión de las accionadas, teniendo en cuenta lo siguiente:

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que se entenderá prestado con la presentación de esta Tutela, que no se ha presentado otra acción tutelar respecto de los mismos hechos y derechos Inciso 2º Art. 37 del Decreto 2591 de 1991.

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

ESTA ACCION LA FORMULO COMO MECANISMO ALTERNO DE OTRA VIA JUDICIAL, PARA EVITARME UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

No puedo esperar la resolución de un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho que como todos conocen demora varios años y como me sostengo en el momento y los servicios médicos para mi tratamiento entonces el mecanismo de defensa ordinario no es idóneo pues la cuestión no trasciende la órbita del estudio de legalidad del acto administrativo. El medio de control no resulta idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales del tutelante, dado que el asunto planteado trasciende la órbita del examen de legalidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo por el cual se dio por terminado su vínculo laboral. Si bien el medio de control de nulidad y restablecimiento permitiría reclamar el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir -desde el momento del retiro-, la vulneración de los derechos que alega el accionante no tiene como causa la ilegalidad de la actuación por medio de la cual se efectuó su desvinculación y se designó a la persona seleccionada para la prestación del

servicio de educación en la Institución Educativa donde prestaba el servicio el accionante. Esto es así, por las siguientes razones:

De un lado, pese a que la demanda de tutela se orienta al reintegro del accionante, el asunto involucra la amenaza al derecho a su mínimo vital y al de su núcleo familiar que incluye niños menores de edad. El actor informó que "ha presentado una condición económica muy desfavorable"¹ y "un deterioro sistemático de su calidad de vida", pues desde la desvinculación del cargo de docente orientadora se encuentra desempleado y no cuenta con una fuente de ingreso estable, además de sus quebrantos de salud que no le permitirían ser contratado en otro empleo que no tiene recursos económicos pues su única fuente de ingreso es su salario como docente.

Que se configura con la imposibilidad de proveer los alimentos a mis menores hijos para su subsistencia, debido a la TERMINACIÓN DE MI NOMBRAMIENTO PROVISIONAL estando en debilidad manifiesta por mis quebrantos de salud cortando me la accionada el salario única fuente de ingreso para el sostenimiento de mi familia lo que pone en peligro la alimentación y una existencia digna de mis hijos, ya que, al no recibir ninguna clase de ingreso de la secretaria de educación, se me afecta el mínimo de condiciones para la existencia de mi núcleo familiar y el mío propio.

Estoy en presencia de circunstancias especiales por mis quebrantos de salud que a todas luces genera una transgresión directa de mis derechos fundamentales por lo que la acción de tutela como mecanismo subsidiario es procedente con miras a evitar la configuración de un perjuicio irremediable, bajo este contexto el trámite de un proceso ordinario que puede durar varios años no será el idóneo. Mi núcleo familiar debe alimentarse diariamente y mi única fuente de ingreso fue cortada, y mi seguridad social interrumpida que la necesito para mis controles médicos y demás procedimientos.

Al respecto, la Sentencia T-569 de 2011, la Corte constitucional estableció que:

"Es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la

situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

En la sentencia T-373 de 2017, esta Corte estimó procedente la acción de tutela presentada por una mujer que padecía cáncer de mama y fue desvinculada del cargo que ocupaba en provisionalidad debido al nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos. En el marco de ese trámite constitucional, la actora puso de presente su grave estado de salud y manifestó que era madre cabeza de familia, así como que la desvinculación causaría la interrupción en la prestación de los servicios de salud. En esa oportunidad, la procedencia del amparo se sustentó en que los derechos fundamentales *“requieren de una protección inmediata, que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos, y debido a que la accionante no cuestiona la legalidad del acto por el cual fue desvinculada”*.

Posteriormente, en la decisión T-464 de 2019, la Corte volvió a pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela cuando el accionante es una persona desvinculada de un cargo que ocupaba en provisionalidad, con ocasión de la provisión del mismo con la lista de elegibles. En esta providencia se reiteró la sentencia citada en el párrafo anterior para sustentar la procedencia del amparo constitucional para solicitar el reintegro cuando se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

ESTA CORPORACIÓN HA REITERADO QUE CUANDO UN SERVIDOR PÚBLICO ES DESVINCULADO, “LA POSIBILIDAD DE CONFIGURACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE GIRA EN TORNO DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Sobre la configuración del perjuicio irremediable, en dicha sentencia se puntualizó: *“Igualmente, este Tribunal Constitucional también ha precisado que, en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de CONFIGURACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE GIRA EN TORNO AL DERECHO AL MÍNIMO VITAL, PUES SE ENTIENDE QUE UNA VEZ QUEDAN DESVINCULADOS DE SUS TRABAJOS, PUEDEN QUEDAR EN UNA SITUACIÓN DE VULNERACIÓN EXTREMA, CUANDO SU ÚNICO SUSTENTO ECONÓMICO ERA EL SALARIO QUE PERCIBÍAN A TRAVÉS DEL CARGO PÚBLICO”*.

“TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO QUE LE ASEGURE, ASÍ COMO A SU FAMILIA, LA SALUD Y EL BIENESTAR, Y EN ESPECIAL LA ALIMENTACIÓN, EL VESTIDO, LA VIVIENDA, LA ASISTENCIA MÉDICA Y LOS SERVICIOS SOCIALES NECESARIOS”. Esto es el mínimo de condiciones que necesita mis menores hijos para su desarrollo y tener una vida digna acorde con mi estatus como docente con mas de 13 años de servicio en provisionalidad y que a través del tiempo que he prestado mis servicios como docente me he desgastado

presentando quebrantos de salud que no me permiten ser contratado con otro empleo o que me contraten por mi estado de salud actual.

DERECHOS DE LOS NIÑOS

Son **derechos** fundamentales de los **niños**: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su personalidad.

El artículo 44 de la Constitución Política, los artículos 6, 8, 9, 18 y 20 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia-, además de los desarrollos jurisprudenciales de esta Corporación y los instrumentos de carácter internacional, establecen el interés superior de los derechos de los niños y las niñas, calificándolos como sujetos de especial protección constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que:

"Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado..."

PROTECCION DEL ESTADO A PERSONAS EN DEBILIDAD MANIFIESTA

El artículo 13 de la Constitución Política estableció que el Estado debe garantizar una protección especial a las personas que se encuentren en "*circunstancia de debilidad manifiesta*". Y en la misma dirección, el artículo 47 superior consagró el deber del Estado de adelantar una "*política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran*". Estos mandatos constitucionales, interpretados sistemáticamente con el principio constitucional de estabilidad en el empleo, son la fuente del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que protege a los trabajadores que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como ocurre con las mujeres embarazadas, trabajadores sindicalizados, madres cabeza de familia y personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.

El artículo 47 Superior consagró:

“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Respecto de la obligación contenida en la norma antes citada, la Corte Constitucional en Sentencia C-066 de 2013 señaló:

“Esta previsión constitucional significa, entonces, que las personas en situación de discapacidad son reconocidas en su diferencia, lo que prescribe hacia el Estado el deber de adelantar acciones dirigidas a lograr la satisfacción de sus derechos, en un marco de igualdad de oportunidades y remoción de las barreras de acceso a los bienes sociales. Esta visión contrasta con el tratamiento que tradicionalmente han recibido las personas con discapacidad, basado en la discriminación”.

A su vez, el artículo 54 Constitucional puso de presente el deber del Estado de “propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. (Subraya fuera de texto)

Por último, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la protección para aquellas personas que se encuentran en estado de indefensión en razón a su discapacidad. De esta manera, la Corte ha definido el estado de personas que se entienden beneficiadas por esta garantía.

Sobre el particular la Sentencia T-014 de 2012, desarrolla la categoría de sujeto de especial protección constitucional, y señala que está constituida *“por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”* en Sentencia T-1197 de 2001, sostiene que:

“En el ordenamiento jurídico colombiano es evidente entonces que las personas disminuidas en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales, cuentan no sólo con los derechos consagrados en general para todas las personas, sino, además, con una órbita de protección especial que los convierte en titulares de algunos privilegios previstos en el texto de la Carta. De otra parte, es oportuno explicar que esta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor

del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, síquicas y sensoriales. Es el caso de los DOCENTES. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de Educación enseñando a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

ANTECEDENTES

1-Fui vinculado a la plaza de docentes del municipio de Valledupar en el año 2011

2-he permanecido por más de 13 años continuos en el empleo durante la prestación de mi servicio como docente nunca ha habido queja en mi contra

3-A través de los años con mi trabajo el polvillo de la tiza me causó unos problemas serios de salud en mi órgano nasal con lo cual me diagnosticaron rinitis septoplastia primaria transnasal

4-el cual tengo pendiente unos procedimientos médicos y cirugía

5-además de que a través del tiempo mi cuerpo ha sufrido desgaste físico

6-Padezco diabetes mellitus y requiero insulina para mejorar mi salud

7-Necesito la seguridad social que ha sido truncada con la terminación de mi nombramiento.

8-Tengo programados una serie de exámenes médicos en este mes de abril la cual no podré realizarme por cuanto fui desvinculado de mi empleo y de la seguridad social.

9-Soy padre cabeza de hogar tengo tres hijos de los cuales 2 son menores que dependen de mi trabajo como docente única fuente de ingreso para el sostenimiento propio y de mi familia.

10-Mis menores hijos MANUEL SANTIAGO Y VANESA ISABEL ASPRILLA ARIIETA, dependen totalmente de mi salario para su manutención y bienestar social.

11-Mi salario como docente es mi única fuente de ingreso para mi sostenimiento y el de mi núcleo familiar

12-En mi estado de salud no me dan otro empleo

13- no puedo esperar la resolución de un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho para que se me protejan mis derechos fundamentales a la salud y por conexidad a la vida y a la seguridad social al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada por mis quebrantos de salud.

14-Me encuentro en debilidad manifiesta frente a la entidad por mis quebrantos de salud y como padre cabeza de hogar

15-Con el proceder de la secretaria me ha vulnerado mis derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada.

16- presento esta acción como mecanismo alternativo de otra vía judicial para que se me protejan mis derechos fundamentales y el de mis hijos menores y todo mi núcleo familiar.

PRETENSIONES

Tutelar de manera provisional mis derechos fundamentales a la salud a la seguridad social al mínimo vital a la estabilidad laboral reforzada y como padre cabeza de hogar o los derechos de mis menores hijos.

Como consecuencia ordene a la secretaria de educación municipal de Valledupar me vincule al sistema de seguridad social en salud.

Ordene a la secretaria de educación municipal de Valledupar vincularme dentro de las 72 horas en forma provisional en un cargo igual o similar de igual rango y salario al que ocupaba al momento del despido o terminación de mi nombramiento.

Ordene a la secretaria de educación municipal de Valledupar abstenerse de violar o amenazar mis derechos fundamentales.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD

la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación terminación del contrato cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.

El sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, consagrados en la Constitución Política.

Estos mandatos de optimización resaltan la obligación constitucional del Estado de adoptar medidas de protección y garantía en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.

Por su parte, la Ley 361 de 1997, expedida con fundamento en los artículos 13, 43, 47, 54 y 68 de la Constitución, persigue proteger los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales de las *“personas con*

limitación” y procurar su completa realización personal y total integración a la sociedad.

Esta Corporación, señaló al respecto que “quien contrata la prestación de un servicio personal –con o sin subordinación- o en provisionalidad debe tener presente que adquiere con la persona que se lo presta una relación relevante a la luz de la Constitución, pues adquiere el deber de actuar con solidaridad cuando las circunstancias se lo requieran, y sus relaciones deben entonces trascender el principio de utilidad que en general es válido observar en los actos administrativos.

El derecho al trabajo fue incorporado en el artículo 25 de la Constitución Política y en esa misma norma se consagró el deber del Estado de asegurarle una protección especial. Por su parte, el artículo 53 de la Carta contiene los principios mínimos fundamentales que deben tenerse en cuenta en la reglamentación del estatuto del trabajo, dentro de los cuales está la estabilidad en el empleo.

Este principio garantiza al trabajador que “el vínculo laboral contraído no se fragmentará de forma abrupta y sorpresiva, de manera que no esté en permanente riesgo de perder su trabajo y, con ello, el sustento propio y el de su familia, por una decisión arbitraria del empleador”.

Por otro lado, el artículo 13 de la Constitución Política estableció que el Estado debe garantizar una protección especial a las personas que se encuentren en “*circunstancia de debilidad manifiesta*”. Y en la misma dirección, el artículo 47 superior consagró el deber del Estado de adelantar una “política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Estos mandatos constitucionales, interpretados sistemáticamente con el principio constitucional de estabilidad en el empleo, son la fuente del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que protege a los trabajadores que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como ocurre con las mujeres embarazadas,⁴²¹ trabajadores sindicalizados,⁴²² madres cabeza de familia⁴²³ y personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta por razones de salud.

Respecto a las personas con discapacidad, la jurisprudencia ha establecido que “constituye un trato discriminatorio el despido unilateral de una persona debido a su situación física, mental o sensorial”. En el mismo sentido, en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se dispuso que “en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral (...) ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”.

Esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional y en la sentencia C-531 de 2000 se decidió que era exequible, pero con la condición de que se entendiera que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

En este punto es necesario distinguir dos definiciones: por un lado, el estado de invalidez y, por otro, el de discapacidad. Esta diferenciación es necesaria porque el derecho a la estabilidad reforzada no solamente cubre a quienes se encuentren en estado de invalidez o tengan algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado por una autoridad competente. En estado de invalidez se encuentra una “persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral” Por su parte, la discapacidad es “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

En este sentido, la Corte ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada “no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho”.

En efecto, “los seres humanos no son objetos o instrumentos, que solo sean valiosos en la medida de su utilidad a los fines individuales o económicos de los demás. Las personas tienen un valor en sí mismas, y al experimentar una afectación de su salud no pueden ser tratadas como las mercancías o las cosas, que se desechan ante la presentación de un ‘desperfecto’ o ‘problema funcional’. *Un fundamento del Estado constitucional es el ‘respeto a la dignidad humana’ (CP art. 1), y la Constitución establece que el trabajo, ‘en todas sus modalidades’, debe realizarse en condiciones dignas y justas (CP art 25). Estas previsiones impiden que en el trabajo las personas sean degradadas a la condición exclusiva de instrumentos’.*

LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

Como fue señalado previamente, la Constitución de 1991 otorgó al derecho al trabajo un amplio margen de protección, el cual incluye el principio de estabilidad en el empleo. Esta garantía, en el caso particular de quienes ocupan cargos en provisionalidad, está revestida de un carácter relativo. Esto obedece a que el constituyente estableció en el artículo 125 de la Carta que *"los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera"*, de manera que las condiciones de ingreso y permanencia en cargos públicos está sujeto al mérito y no a la discrecionalidad del nominador.

Por tanto, cuando el principio de estabilidad en el empleo involucra cargos públicos, debe analizarse bajo la perspectiva de la carrera administrativa, que es el mecanismo preferente para la gestión de los empleos públicos. Esto quiere decir que cuando una persona es nombrada en provisionalidad, su permanencia en ese cargo depende de la implementación de ese mecanismo, justamente porque lo que se privilegia en la Carta es el ingreso al empleo público a través de los concursos de méritos.

En este sentido, esta Corporación ha reiterado que cuando la terminación del vínculo en provisionalidad ocurre como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, no se *"desconocen 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"*.

Esto significa que el derecho a la estabilidad en el empleo para quien ha sido vinculado a través de un nombramiento en provisionalidad está condicionado *"al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente"*.

En este contexto, la estabilidad laboral relativa o intermedia que ampara a los funcionarios que ejercen cargos en provisionalidad está dirigida a asegurar que solo puedan ser retirados a través de un acto administrativo debidamente motivado, en el que consten las razones de dicha decisión, pues *"el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador 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."*

En consecuencia, una motivación del acto administrativo de desvinculación que se ajuste a la Constitución es justamente el nombramiento de la persona que se encuentra en la lista de elegibles. No obstante, en virtud de los mandatos constitucionales que amparan a las personas que se encuentran en estado de

debilidad manifiesta, quienes se encuentren ocupando un cargo en provisionalidad y se enfrentan a su posible desvinculación con ocasión de un concurso de méritos, tienen derecho a una protección especial, como se explicará a continuación.

La provisión de cargos con lista de elegibles y la protección especial de los funcionarios nombrados en provisionalidad cuando se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud

ESTA CORTE YA HA TENIDO LA OPORTUNIDAD DE PRONUNCIARSE EN CASOS EN LOS QUE LA PERSONA QUE OCUPABA UN CARGO CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL ESTABA EN DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD.

En esas circunstancias, esta Corporación ha definido que, si bien las personas que desempeñan un cargo público en provisionalidad no tienen derecho a permanecer en el mismo de manera indefinida, *“si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales”*.

De manera que *“antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando”*.

En la sentencia SU-446 de 2011, esta Corporación señaló que para las personas en situación de discapacidad que fueron desvinculadas con ocasión del nombramiento de quienes ganaron el concurso de méritos para ocupar cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación, *“la entidad ha debido prever mecanismos para garantizar que estas personas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”*.

En el año 2017, LA CORTE analizó la desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba en provisionalidad un cargo de docente. Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró

que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demanda debió *"prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de la salud"*. Por tanto, allí se ordenó que la actora fuese nuevamente vinculada en un cargo vacante y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, *"SE DEBERÁ AFILIAR AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, HASTA TANTO FINALICEN LOS TRATAMIENTOS QUE SEAN NECESARIOS PARA LA RECUPERACIÓN DEL CÁNCER QUE PADECE O SEA AFILIADA AL SISTEMA POR OTRO EMPLEADOR"*.

En la sentencia T-464 de 2019, la Sala estudió el caso de una mujer nombrada en provisionalidad en el ICBF, quien fue desvinculada debido al nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos, cuando se encontraba enferma. En esa oportunidad se determinó que no era posible ordenar el reintegro de la actora, pues ello vulneraría derechos de la persona que ganó el concurso; sin embargo, consideró que en el evento de que hubiese vacantes disponibles en el momento de notificación de la providencia o en el caso de vacantes futuras en provisionalidad, EL ICBF DEBÍA NOMBRAR A LA ACTORA EN UN CARGO IGUAL O EQUIVALENTE AL QUE OCUPABA ANTES DE SU RETIRO.

Además, es preciso destacar que en este caso EL JUEZ DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA ORDENÓ AL ICBF CONTINUAR CON EL PAGO DE LAS COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA QUE LA ACTORA PUDIESE CONTINUAR CON EL TRATAMIENTO MÉDICO QUE VENÍA ADELANTANDO.

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Años antes del desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos habían avanzado en el reconocimiento del derecho a un nivel de vida adecuado, como una garantía que condensa las condiciones mínimas de existencia de un ser humano y que le permiten experimentar la vida con dignidad. En efecto, con el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció que *"TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO QUE LE ASEGURE, ASÍ COMO A SU FAMILIA, LA SALUD Y EL BIENESTAR, Y EN ESPECIAL LA ALIMENTACIÓN, EL VESTIDO, LA VIVIENDA, LA ASISTENCIA MÉDICA Y LOS SERVICIOS SOCIALES NECESARIOS"*.

Dos décadas después, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incorporó la misma expresión de la Declaración Universal: *EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO, CON REFERENCIA A LA ALIMENTACIÓN, VIVIENDA Y VESTIDO*

ADECUADOS. ADEMÁS, EN ESTE INSTRUMENTO SE INCLUYÓ EL DERECHO A UNA “MEJORA CONTINUA DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA”.

A partir de la Constitución de 1991, esta Corporación ha desarrollado el contenido del derecho al mínimo vital, con el cual “se satisfacen necesidades básicas propias y del grupo familiar, como son la alimentación, salud, educación, vivienda, recreación, entre otras; las cuales constituyen la calidad de vida que requieren para vivir dignamente y que le permiten desarrollarse satisfactoriamente en el ámbito social”.

Además, esta Corte ha precisado que el derecho al mínimo vital es “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.

En este sentido y teniendo en cuenta que el derecho al mínimo vital tiene una naturaleza cualitativa, en la jurisprudencia constitucional se ha precisado que “el derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros”.

Esta Corporación ha reiterado que cuando un servidor público es desvinculado, “la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno del derecho al mínimo vital”. Pero este es sólo uno de los escenarios en los que este derecho puede resultar comprometido, tal como pasa a verse a continuación.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho al mínimo vital está “estrechamente” vinculado con la pensión de invalidez, justamente porque dicha prestación “compensa económicamente a las personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, a fin de garantizarle un ingreso que le permita vivir dignamente”.

En efecto, “esta prestación y el derecho al mínimo vital y a la vida digna de las personas que han perdido su capacidad para laborar, guarda un estrecho vínculo con los principios de solidaridad e igualdad, por cuanto les es

imposible en forma autónoma contar con una fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas”.

Adicionalmente, este Tribunal ha señalado que “las personas que acreditan circunstancias adicionales relevantes como consecuencia de su estado de invalidez, tienen una mayor exposición al riesgo de afectación de los derechos fundamentales que exige su protección”.

Ahora bien, aunque los motivos de mi desvinculación no hayan sido discriminatorios, sino que el retiro de la actora fue el resultado del cauce natural del concurso de méritos, que exige el nombramiento de la persona que lo ha ganado, los funcionarios con nombramiento provisional son titulares del derecho a la estabilidad reforzada, pues como fue señalado en la parte motiva de esta providencia, uno de los fundamentos de esta garantía radica en el mandato constitucional de protección especial a los ciudadanos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. De manera que las personas que se encuentren en debilidad manifiesta son, sin duda, titulares del derecho a la estabilidad reforzada, aunque desempeñen cargos en provisionalidad. La diferencia en este caso es el alcance de este derecho, que queda limitado por el mecanismo meritocrático de provisión de cargos en la administración pública.

Por ello, en la parte considerativa de esta sentencia también se puntualizó que las entidades públicas están obligadas a prever mecanismos dirigidos a proteger a las personas que desempeñen cargos en provisionalidad, deban ser retiradas con ocasión de la lista de elegibles y se encuentren en alguna situación de debilidad manifiesta. **ES DECIR, LAS ENTIDADES PÚBLICAS NO DEBEN ACTUAR DE FORMA AUTOMÁTICA, SIN CONSIDERAR LAS CONDICIONES PARTICULARES DE QUIENES HAN PRESTADO SUS SERVICIOS A LA INSTITUCIÓN BAJO LA MODALIDAD DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL, SINO QUE DEBEN ESTAR ATENTAS A IDENTIFICAR A AQUELLAS QUE, POR EJEMPLO, ESTÁN EN ALGUNA SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD. UNA VEZ IDENTIFICADAS, DEBE VERIFICAR SI HAY PLAZAS DISPONIBLES EN LAS QUE PUEDAN SER REUBICADAS Y, AL FINAL, SI NO EXISTE VACANTE, ASEGURARSE QUE SEAN LA ÚLTIMAS EN SER DESVINCULADAS. ESTE ES EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL QUE ORIENTA A LAS ENTIDADES PÚBLICAS PARA ASEGURAR EL DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA DE LAS PERSONAS NOMBRADAS EN PROVISIONALIDAD Y QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR RAZONES DE SALUD.**

EN CONSECUENCIA, LA SALA ADVIERTE QUE, AL ESTAR LA ACTORA DESAFILIADA DEL SISTEMA DE SALUD, SE ENCUENTRA ANTE UNA INMINENTE INTERRUPTIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS QUE REQUIERE. Al respecto, en una de las sentencias en las que se han resuelto casos similares: la providencia T-464 de 2019, se decidió que el ICBF no estaba obligado a continuar con el pago de las

cotizaciones de salud a favor de la persona que fue desvinculada con ocasión del concurso de méritos, puesto que *“no existe vínculo laboral que obligue al ICBF a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema”*. Y para complementar el fundamento de esta decisión, agregó que esa no fue la pretensión expuesta en el escrito de tutela. Ahora bien, este no ha sido el criterio unánime en la línea jurisprudencial, pues en la sentencia T-373 de 2017, SE DISPUSO QUE EN CASO DE QUE NO HUBIESE UNA PLAZA DISPONIBLE, *“SE DEBERÁ AFILIAR AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, HASTA TANTO FINALICEN LOS TRATAMIENTOS QUE SEAN NECESARIOS PARA LA RECUPERACIÓN DEL CÁNCER QUE PADECE O SEA AFILIADA AL SISTEMA POR OTRO EMPLEADOR”*.

En este contexto jurisprudencial, la Sala acogerá el remedio judicial más favorable al trabajador que ha sido desvinculado, pese a estar en condiciones de debilidad manifiesta por razones de salud, esto es, *QUE SEA NUEVAMENTE VINCULADA EN UN CARGO VACANTE Y, EN CASO DE QUE NO HUBIESE UNA PLAZA DISPONIBLE, “SE DEBERÁ AFILIAR AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, HASTA TANTO FINALICEN LOS TRATAMIENTOS QUE SEAN NECESARIOS PARA LA RECUPERACIÓN DEL CÁNCER QUE PADECE O SEA AFILIADA AL SISTEMA POR OTRO EMPLEADOR”*.

una persona en condiciones especiales de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones POR LA TERMINACIÓN DE SU RELACIÓN LABORAL con lo cual se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, no solo porque esto puede exponerla a perder su vínculo, como lo muestra la experiencia relacionada en la jurisprudencia constitucional, sino además porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia, y su seguridad social”.

Sentencia SU 049 de 2017

Síntesis de la unificación

El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26

de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. PROTECCION GENERALIZADA PARA TODAS LAS PERSONAS QUE TENGAN UNA AFECTACION EN SU SALUD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la presente en lo normado en los Art. 2, 4, 11,13, 23, 29, 48, 53 Inciso 3º 54, 86, 228, 229 y SS de la C. N. Decreto Extraordinario 2591 de 1991. Sentencia T-041 de 2014 C-531-2000, t- 569 -2011 - T-697 de 2014, 2012 SU 446 -2011 SU049-2017 T- 464- 2019 entre otras.

MEDIOS DE PRUEBA

Solicito se tengan como tales los siguientes:

Acto administrativo que me desvincula y nombra a un nuevo docente

Copia de mi historia clínica donde consta además de que padezco diabetes mellitus tengo el diagnóstico de la rinitis septo plastia primaria transnasal causada por el polvo de la tiza durante mas de trece años de servicio.

Copia de los registros civiles de nacimiento de mis menores hijos.

Copia del derecho de petición presentado a la secretaria de educación municipal de Valledupar.

Copia de la respuesta al derecho de petición.

La que de oficio considere para un mejor proveer.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Manzana 15 Casa No 1 del Barrio Casimiro
maestre en esta ciudad.

Correo electrónico alexanderasprillar@hotmail.com. Cel. 3116863995

ANEXOS

Anexo los documentos enunciados en el acápite de pruebas de esta tutela,
copia para el archivo y traslado a la entidad demandada.

Del señor juez constitucional
con admiración y respeto,

Atentamente,

Alexander Asprilla R
ALEXANDER ASPRILLA ROBLES
CC No 77189018 y p.m.