

**JUZGADO TREINTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

JUEZ : **ADRIANA DEL PILAR CAMACHO RUIDIAZ.**
Naturaleza : Acción de Tutela
Ref. Proceso : 110013336037 2019 00339 00
Demandante : CLAUDIA LILIANA CHÁVEZ RUEDA.
Demandado : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN
PÚBLICA Y BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE INTEGRACIÓN
SOCIAL.
Asunto : Admite acción de tutela.

ANTECEDENTES

El día 7 de noviembre de 2019, CLAUDIA LILIANA CHÁVEZ RUEDA, a través de apoderado judicial presentó acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL, con el fin de que le sean protegidos derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES.

El Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, que modificó el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, dispone:

"Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales.

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

3. Las acciones de tutela dirigidas contra las actuaciones del Presidente de la República, del Contralor General de la República, del Procurador General de la Nación, del Fiscal General de la Nación, del Registrador Nacional del Estado Civil, del Defensor del Pueblo, del Auditor General de la República, del Contador General de la Nación y del Consejo Nacional Electoral serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos." (Subrayado fuera del texto)

A

(...)

En virtud de lo anterior, el Juzgado Treinta y Siete Administrativo de Oralidad de Bogotá,

RESUELVE:

1.- ADMITIR la solicitud de tutela de la referencia interpuesta por CLAUDIA LILIANA CHÁVEZ RUEDA mediante apoderado judicial en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales.

2.- NOTIFIQUESE POR EL MEDIO MÁS EXPEDITO la admisión de la acción de tutela de la referencia, al Director de la CNSC, AL Director de la Funcion Pública y al Alcalde Mayor de Bogotá haciéndoles entrega de copia de la misma junto con sus anexos, para que en el término de DOS (2) DÍAS, presenten un informe acerca del trámite adelantado por las entidad, respuestas dadas y envíe copia del expediente administrativo y/o de los documentos donde consten los antecedentes. La omisión injustificada acarreará responsabilidad, conforme lo establecen los Art. 19 y 20 del Decreto-Ley 2891 de 1991:

"Art. 19.- Informes. El Juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad."

"Art. 20.-Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrá por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."

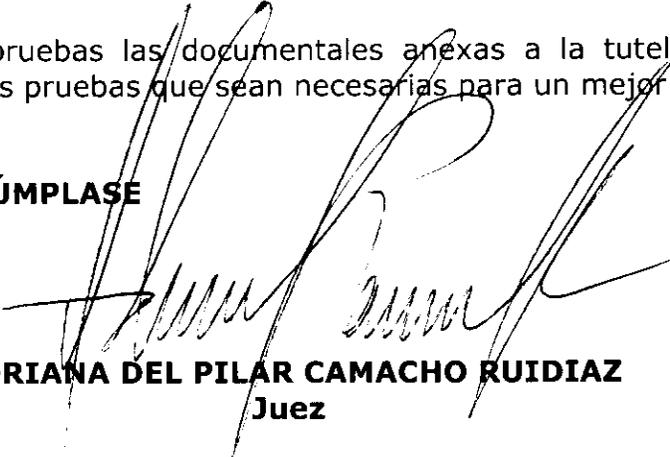
3.- Así mismo, y dentro del término señalado en el numeral 2o de la presente providencia, la entidad accionada, deberá INFORMAR a este Despacho Judicial, quien o quienes son los funcionarios competentes para dar respuesta a las peticiones, que hoy son objeto de la presente tutela y quien o quienes son los competentes para dar cumplimiento al fallo de tutela, en caso de que sea (n) protegido (s) el (los) Derecho (s) Fundamental (es) que hoy es objeto de estudio.

4.-Las notificaciones se evacuarán por el medio más expedito.

5.- Se reconoce PERSONERÍA a ANDRES GUTIÉRREZ RODRIGUEZ identificado con T.P. 193.758 de C. S. de la J., como apoderado de la aparte accionante para los fines y alcances del poder obrante a folio 17.

6.- Téngase como pruebas las documentales anexas a la tutela (fl. 18); así mismo practíquese las pruebas que sean necesarias para un mejor proveer.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA DEL PILAR CAMACHO RUIDIAZ
Juez



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

Bogotá D.C., 06 de noviembre de 2019

Señor

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (Reparto)

E.

S.

D.

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA contra LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ en representación de la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ.



ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. **79.695.534** de Bogotá y portador de la T.P. No. **193.758** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la Señora **CLAUDIA LILIANA CHAVEZ RUEDA**, identificada cédula de ciudadanía No. **51.906.625** de Bogotá, me dirijo a Usted Señor Juez, con todo respeto presento ante su despacho con el fin de interponer **ACCIÓN DE TUTELA** de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 que fue modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017; en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, identificada con NIT No. **900003409-7**, el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, identificada con NIT No. **899999020-7**, y la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ** en representación de la **SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ**, identificada con NIT No. **899999061-9**, con el objeto de que se protejan los siguientes derechos Constitucionales fundamentales I) **DERECHO A LA VIDA Y MINIMO VITAL por conexidad con el DERECHO AL TRABAJO**, II) **DERECHO A LA IGUALDAD**, con el fin de evitar en un corto lapso un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de mi poderdante, la presente solicitud de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

1. HECHOS:

PRIMERO: Mi poderdante fue nombrada en el cargo instructor Código 313 grado No. 14, en la Secretaría Distrital de Integración Social el día 14 de enero de 2018.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomas.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

SEGUNDO: En todo este tiempo ha desarrollado sus funciones en completa normalidad y ha cumplido a cabalidad sus funciones.

TERCERO: Durante los años 2018 y 2019, mi poderdante ha acudido en diferentes ocasiones a su entidad prestadora de salud Aliansalud E.P.S. con el fin de realizarse exámenes médicos sobre su visión.

CUARTO: Para el año 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió la convocatoria 818 de 2018, donde se ofertaba el cargo instructor Código 313 grado No. 14, en la Secretaría Distrital de Integración Social, que ostenta en provisionalidad mi poderdante.

QUINTO: Mi poderdante desde hace 25 años sufre de deterioro su visión y fue operada para corregir en parte la afección, pero debe hacer uso de lentes de contacto para poder ver. Como se demuestra en la historia clínica elaborada por Horus Grupo Oftalmológico.

SEXTO: El día 03 de octubre de 2018, mi poderdante acudió al Centro Oftalmológico Gustavo Tamayo, para recibir la opinión de un oftalmólogo particular que la diagnostica de miopía degenerativa, queratocono, maculopiamiopía, igualmente le dice que se debe contemplar la cirugía de trasplante de córnea. Hasta este momento las medidas medicas indicaban que se podía realizar algún tratamiento para mejorar su capacidad visual.

SÉPTIMO: El día 17 de octubre de 2018, mi poderdante se realizó una tomografía óptica, para tener soporte de lo diagnosticado por el profesional.

OCTAVO: El día 11 de mayo de 2019, en la empresa OftalmoHelp, mi poderdante acudió por primera vez tras un año de evolución por ardor en sus ojos. Fue diagnosticada de miopía degenerativa, degeneración de macula y del polo posterior del ojo.

NOVENO: El día 02 de julio de 2019, mi poderdante se realizó el examen de tomografía óptica coherente, para dar seguimiento a su estado de salud y progreso de sus enfermedades.

DÉCIMO: El día 12 de julio de 2019, mi poderdante se realizó el examen de una angiografía fluoresceínica, para dar seguimiento a su estado de salud y progreso de sus enfermedades.

DÉCIMO PRIMERO: El día 31 de agosto de 2019, mi poderdante fue valorada en OftalmoHelp, donde se le diagnosticó de miopía degenerativa, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, conjuntivitis atópica aguda, síndrome seco, astigmatismo residual, agujero macular lamelar en ojo izquierdo. Se le ordenaron unos exámenes para control de las patologías.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

DÉCIMO SEGUNDO: El día 12 de septiembre de 2019, mi poderdante fue remitida y autorizada para evaluación por baja visión, por Bienestar I.P.S.

DÉCIMO TERCERO: El día 23 de septiembre de 2019, mi poderdante fue valorada en el Centro de Rehabilitación para adultos ciegos, por baja visión, en donde fue diagnosticada de presbicia, en el plan de trabajo no aplicaba ninguno de los tratamientos y se requirió un examen de campo visual de ambos ojos para definir el proceso.

DÉCIMO CUARTO: El día 02 de octubre de 2019, Aliansalud E.P.S. expidió concepto de rehabilitación desfavorable de mi poderdante para ser allegado a COLPENSIONES, con el fin de que el fondo de pensiones defina si posterga el trámite de calificación de invalidez o procede a calificar la pérdida de la capacidad laboral para definir si hay lugar a pensión por invalidez.

DÉCIMO QUINTO: El día 09 de octubre de 2019, COLPENSIONES, respondió a mi poderdante el comunicado emitido por Aliansalud E.P.S. en donde se le comunica que se iniciará la calificación por pérdida de la capacidad laboral.

DÉCIMO SEXTO: El examen para evaluar la capacidad e idoneidad para el cargo instructor Código 313 grado No. 14, en la Secretaría Distrital de Integración Social, que se pretende proveer mediante concurso por carrera administrativa, se llevará a cabo el día 17 de noviembre de 2019.

DÉCIMO SÉPTIMO: El día 15 de octubre de 2019, mi poderdante al ver el estado de su trámite de calificación por pérdida de la capacidad laboral y ante la imposibilidad de presentar en igualdad de condiciones que los otros candidatos para la convocatoria, por su pérdida de capacidad visual, decidió presentar un derecho de petición ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de que se prestara el servicio de un acompañante o ayudante, para que apoyara a mi poderdante en la presentación de la prueba escrita programada para el día 17 de noviembre de 2019 y solicitó que se le indicara el trámite para acceder a esta ayuda.

DÉCIMO OCTAVO: El día 23 de octubre de 2019, la Personería de Bogotá, respondió el derecho de petición que se allegó con copia a ellos, comunicando y remitiendo por competencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

DÉCIMO NOVENO: El día 05 de noviembre de 2019, mi poderdante recibió respuesta por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

VIGÉSIMO: En de noviembre de 2019, se radicó derecho de petición ante la Secretaría Distrital de Integración Social, Departamento Administrativo de la Función Pública y la



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de solicitar el acompañamiento y las garantías solicitadas y no concedidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2. PRETENSIONES:

1. Solicito al Honorable Despacho, ordene suspender la aplicación del examen a mi prohijada la Señora CLAUDIA LILIANA CHAVEZ RUEDA, examen que se desarrollaría en principio el día 17 de noviembre de 2019, para la provisión en carrera del cargo Instructor código 313 grado 14, el cual ostenta actualmente en provisionalidad mi poderdante, teniendo en cuenta con la estabilidad laboral reforzada intermedia, que cuenta por su condición de enfermedad catastrófica y su futuro estatus para ser pre pensionada por invalidez.

2. Solicito al Honorable Despacho, suspender la provisión en carrera del cargo Instructor código 313 grado 14, el cual ostenta actualmente en provisionalidad mi poderdante la Señora CLAUDIA LILIANA CHAVEZRUEDA, teniendo en cuenta con la estabilidad laboral reforzada intermedia, que cuenta por su condición de enfermedad catastrófica y su futuro estatus para ser pre pensionada por invalidez.

3. En el caso en que el Honorable Despacho, no encuentre viable suspender la provisión en carrera del cargo Instructor código 313 grado 14, el cual ostenta actualmente en provisionalidad mi poderdante la SEÑORA CLAUDIA LILIANA CHAVEZ RUEDA, teniendo en cuenta su condición de enfermedad catastrófica y su futuro estatus para ser pre pensionada por invalidez, solicito a la Secretaría Distrital de Integración Social, a reubicar a mi poderdante en un cargo de igual o mejores condiciones con el fin de garantizar sus derechos fundamentales y su estabilidad laboral intermedia.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

La presente acción de tutela tiene como fundamento jurídico la exposición de los derechos que se pueden ver vulnerados con ocasión a lo mencionado en el acápite de los hechos y debido a la premura de las circunstancias se interpone la presente acción constitucional bajo la siguiente fundamentación.

3.1 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA TRANSITORIA COMO ÚNICO MECANISMO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE:

La acción de tutela es un mecanismo previsto por la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, que fue creada con el fin de proteger los derechos constitucionales



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de un tercero. El artículo 86, establece:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”*¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Es así como la Constitución Política, contempla que esta acción constitucional pueda ser usada ante una eventual situación de carácter urgente donde se vean afectados los derechos de una persona.

La Honorable Corte Constitucional ha desarrollado la tesis en que la acción de tutela puede ser interpuesta con el fin de evitar en un corto lapso un hecho determinable que afecte los derechos de una persona. En sentencia de Tutela la Corte Constitucional, se ha pronunciado así:

“La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los

¹ Artículo 86, Constitución Política de Colombia.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

*casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”.*²

Para el caso en particular se interpone la acción de tutela, de acuerdo con la fundamentación fáctica, dado que para mí poderdante el hecho de no contar con otro medio judicial establecido por la ley para que se le pueda garantizar el acceso igualitario al concurso en lo relacionado al estudio y presentación del examen de aptitud para el cargo que ocupa actualmente. Es por esto, que se hace necesario acudir al juez constitucional para que tutele los derechos fundamentales que se verán vulnerados en los próximos días dado que mi poderdante no ha podido iniciar su estudio para encontrarse capacitada y en igualdad de condiciones que los otros candidatos para la presentación del examen, puesto que no se le ha brindado la garantía de facilitarle el acompañamiento de una persona que le ayude a leer los textos necesarios para aprehender el conocimiento que requiere para la presentación del examen.

Sobre los requisitos para considerar que se está frente a un perjuicio irremediable, la Honorable Corte Constitucional ha dicho:

*“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.”*³

El hecho que genera la próxima vulneración del derecho a la igualdad, es la fecha en que se tiene programada la presentación del examen toda vez que mi poderdante al no tener en tiempo la prestación de las garantías para el estudio de la temática requerida por el examen,

² Sentencia T-451 de 2010, Corte Constitucional.

³ Sentencia T-494 de 2010, Corte Constitucional.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

de llevarse a cabo el examen sin que ella pueda haber estudiado vulnera su derecho a la igualdad frente a los demás candidatos que se presentarán para el cargo.

En estas circunstancias, en aras de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable donde mi poderdante se vea en condiciones desiguales a los otros candidatos, se solicita este amparo constitucional para que sirva como un mecanismo para brindar transitoriamente la protección del derecho fundamental a la igualdad mientras las entidades accionadas prestan la garantía y ayuda idónea a mi poderdante para realizar en igualdad de condiciones el estudio y presentación del examen, dada su discapacidad visual que ha ido progresando rápidamente.

La presente acción de tutela se interpone dado que mi poderdante como parte accionante no cuenta como otro mecanismo idóneo o medio judicial que le permita acceder a las ayudas que se han solicitado. Es necesario resaltar que si bien mi poderdante interpuso en el mes de octubre un derecho de petición con el fin de que las entidades accionadas informaran si existía un trámite para acceder al servicio de acompañamiento para la presentación del examen, sin que se recibiera respuesta de alguna de las entidades. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es claro que para mí poderdante la acción de tutela constituye el único mecanismo constitucional y judicial para que se le garantice el acceso en igualdad de condiciones al examen para el concurso para el cargo de carrera en que entró el cargo que ostenta en la actualidad mediante provisionalidad, dado que no existe otro mecanismo que actúe frente a la inminente vulneración de los derechos de mi poderdante.

3.2 DERECHO AL TRABAJO COMO SUSTENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y DEL MÍNIMO VITAL:

El derecho al trabajo es un derecho fundamental integrado en a la Constitución Política de Colombia y desarrollado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

“La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”.

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.”⁴

Así mismo, de forma complementaria se ha desarrollado la protección al derecho al mínimo vital, que la Honorable Corte Constitucional define, así:

“La jurisprudencia ha definido el mínimo vital como “aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.

Como se observa, el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales y, ello, explica el por qué la Corporación le ha prodigado tanta atención a esta garantía constitucional, bajo el entendimiento que “[e]l pago oportuno y completo de un salario garantiza el goce de lo que se ha denominado el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida”.

También ha aclarado la Corporación que el concepto de mínimo vital del trabajador no debe confundirse con la noción de salario mínimo, como quiera que la “garantía de percibir los salarios y las demás acreencias laborales, se asienta en una valoración cualitativa, antes que en una consideración meramente cuantitativa”. De ahí pues, que la valoración del mínimo vital corresponde a las condiciones especiales de cada caso concreto y no al monto de las sumas adeudadas o a “una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 2014.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo”.”.⁵

Para el caso en particular, mi poderdante a través de las pretensiones de esta acción de tutela desea proteger además de los derechos que se requieren se tutelen, el derecho al trabajo y al mínimo vital, toda vez que de llevarse a cabo el concurso y el examen para el concurso de méritos para el cargo en provisionalidad que ostenta mi poderdante por no poder haber estudiado y no tener un guía quien le pueda leer las preguntas del examen, de suceder que otra persona sea el primero de la lista de elegibles y ocupe el cargo en propiedad se verá afectado no solo su derecho al trabajo y al mínimo vital sino su proceso para acceder a una pensión por invalidez.

En la actualidad, mi poderdante no cuenta con el estatus de pensionada pero ha empezado a realizar los tramites necesarios desde su diagnostico en agosto del año en curso, por lo anterior es necesario proteger no solo su derecho al trabajo sino tener en cuenta que mi poderdante cuenta con estabilidad laboral reforzada intermedia.

3.3 DERECHO A LA IGUALDAD:

El derecho a la igualdad está reglamentado como un derecho fundamental mediante el artículo 13 de la Constitución Política, así mismo Colombia es suscriptor de tratados, convenciones y principios que ha desarrollado el sistema internacional para la garantía de este derecho.

El derecho a la igualdad se traduce no es ser igual a otro, sino ser tratado como igual. El trato discriminatorio o la inequidad en las condiciones que afrontan las personas es lo que trata de evitar el ordenamiento y todos los mecanismos como tratados, convenios y principios.

El inciso final del artículo trece tiene un contenido asistencial. Lo que busca este enunciado es erradicar las injusticias a cargo del Estado.

La igualdad también es tomada como un principio, al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“La igualdad como principio fue dispuesta en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución, al acoger la fórmula tradicional según la cual, “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”. Ya en el año de su fundación, la Corte señalaba que “El principio de igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-157 de 2014



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.”

La asunción de la igualdad como principio fue también dispuesta por la Corte Interamericana, la que habló específicamente del Principio de igualdad y no discriminación, tomando como punto de partida el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación general de respeto y garantía de los derechos que deben tener los Estados parte en la Convención:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

La Corte Interamericana entiende que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, que se deriva del vínculo existente entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

El establecimiento del principio de igualdad y la identificación de las reglas de aplicación directa que en él subyacen, permiten asumir a la igualdad también como un derecho fundamental.”⁶

Así mismo, la Corte Constitucional ha desarrollado su postura sobre el derecho a la igualdad como derecho fundamental, así:

“El tratamiento de la igualdad como derecho fundamental en Colombia ha contado con dos implementaciones, la primera de ellas, la inicial, que caracteriza a los derechos fundamentales como derechos subjetivos personales; y la posterior, que se

⁶ Sentencia C-586 de 2016, Corte Constitucional.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

despliega en las protecciones específicas que articulan el derecho a la igualdad en sentido material, patente en las protecciones concretas otorgadas por vía de tutela, que permiten articular diversas líneas jurisprudenciales de protección de este derecho.

La igualdad como derecho subjetivo está relacionada con la identificación de los límites que tiene el legislador respecto de los derechos de las personas. Dentro de esta comprensión ha dicho la Corte desde el comienzo, que “De este carácter de la igualdad como derecho subjetivo se deriva, a su vez, su segunda característica: la igualdad es, también, una obligación constitucionalmente impuesta a las ramas y órganos del poder público, obligación consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho. Desde esta perspectiva, la igualdad mantiene su carácter de derecho subjetivo pero lo proyecta, además, como una obligación de los poderes públicos que guarda una estrecha relación con la imparcialidad de que trata el artículo 209 superior (...)”[29] (Resaltado dentro del texto).

En lo que se refiere a las protecciones específicas de la igualdad como derecho fundamental, es necesario registrar la existencia de numerosas líneas jurisprudenciales articuladas desde la actividad de la Corte Constitucional, tradicionalmente relacionadas con problemas de género, trabajo, servicios, religión, que han encontrado desarrollo también en escenarios como la igualdad de trato jurídico, la igualdad de oportunidades, igualdades prestacionales (de salario, de horario, de asignación) y las acciones afirmativas de contenido prestacional y asistencial.”⁷

En este mismo sentido, la Corte Constitucional considera que la igualdad es un valor fundante para el ordenamiento, así:

“La igualdad como valor convoca el carácter relacional del derecho a la igualdad y ha resultado especialmente útil y significativa respecto de los sujetos de especial protección constitucional como las personas en condición de pobreza, las personas en condición de desplazamiento, las víctimas del conflicto y las personas en condición de discapacidad. Respecto de ellos y en palabras de Peces Barba, la igualdad como valor “consiste en concretar los criterios para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para

⁷Ibídem página 11.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

todos y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”.

Integralmente debe señalarse con la Corte Constitucional, (i) que el derecho a la igualdad protegido en nuestra Constitución implica, además de contenidos legislativos no discriminatorios, un trato igual por parte de las autoridades públicas y un principio de actuación vinculante para las relaciones entre particulares; (ii) que el constituyente determinó como uno de los ámbitos de aplicación y protección expresa el de las relaciones de igualdad entre géneros; y (iii) que vinculó los instrumentos internacionales a las decisiones de los jueces y la política legislativa, en el sentido de prestar especial interés a los casos en los que la prohibición de discriminación sea desconocida en las relaciones entre sujetos públicos y privados o entre estos últimos.”⁸

Siguiendo con el argumento del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en lo concerniente a la igualdad para las personas con discapacidad, así:

“Respecto a las personas con discapacidad, esta Corporación ha insistido en que: “la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos. Los derechos específicos para las personas con discapacidad implican necesariamente, acciones afirmativas a favor de éstas, de manera que “autorizan una “diferenciación positiva justificada” en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13)”.

En cuanto a la necesaria eliminación de la discriminación y la garantía de la igualdad real y efectiva de esta población, la Sentencia T-553 de 2011 precisó que:

“En punto al importante cometido que se busca alcanzar a través del despliegue de acciones afirmativas por parte del Estado frente a las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha referido que “el fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva es el de contrarrestar - equilibrar - los efectos

⁸Ibídem página 11.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, París II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

negativos que generan las discapacidades en punto a la participación de los discapacitados en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad”.

Así las cosas, se reitera que el contenido del artículo 13 de la Constitución Política busca la realización de una justicia material para todas las personas. En consecuencia, “el trato favorable no constituye un privilegio arbitrario o una concesión caritativa. Es, por el contrario, simple cumplimiento del deber constitucional de especial protección al que se ha hecho mención, a fin de lograr que las personas discapacitadas no tengan que sumar a su circunstancia y a la marginación a la que usualmente se ven sometidos, una carga adicional a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad. Desconocer esta situación no sólo contradice el postulado mínimo de igualdad sino la más elemental idea de un orden justo.”⁹

Lo solicitado por mi poderdante en la presente acción de tutela es el reconocimiento del derecho a la igualdad en el ámbito laboral, como se ha mencionado anteriormente el cargo que está desempeñando actualmente mediante provisionalidad, entró en concurso de méritos para proveer ese cargo de provisionalidad en carrera, lo que ha requerido de su parte un gran esfuerzo así esté desempeñando el cargo es menester realizar el trabajo de estudio como cualquier convocado o persona que se inscribió porque mi poderdante es clara en manifestar que siempre se ha desarrollado con entereza y esfuerzo su cargo, por lo tanto espera poder cumplir con los mismos requisitos de los demás concursantes en lo referido al estudio que debe hacer del material que se requiere para presentar el examen y en la presentación del examen.

Su discapacidad se ha desarrollado de tal forma que no le ha permitido estudiar por sus propios medios el material, requiere de un acompañamiento para que el ayudante le permita saber qué aparece dentro del material de estudio y más adelante que le permita saber cuáles son las preguntas del examen. En ningún momento se busca que la ayuda consista en una ventaja sobre los demás concursantes, sino que es una ayuda que le permitirá acceder en igualdad de condiciones a los conocimientos y pruebas para el cargo.

Hasta el momento no se le ha prestado la ayuda necesaria por parte de las entidades accionadas a pesar de lo evidentemente difícil que es para mí poderdante la situación de acceder no sólo al material de estudio sino a la presentación del examen. Es por esto, que se solicita con urgencia que se suspenda el proceso de evaluación para el cargo hasta que no se

⁹Ibídem página 11.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

le garantice a mi poderdante la ayuda necesaria, de una persona con conocimiento en aquella discapacidad y le permita acceder en igualdad de condiciones.

Mi poderdante no cuenta con el conocimiento requerido para la lectura y comprensión del sistema de lectura y escritura braille, si bien posee una disminución de la capacidad visual, diagnosticada, que le impide realizar las tareas de lectura y escritura, esta disminución de la capacidad visual se generó hace poco tiempo y no le ha sido posible aprender este sistema, lo que hace más difícil el acceso a las condiciones en que se ha dado el concurso. Por esto se requiere de una persona que le ayude a mi poderdante a estudiar y presentar el examen para el concurso.

3.4 DISCRIMINACIÓN POSITIVA:

La Honorable Corte Constitucional, ha desarrollado el tema de la discriminación positiva y sus requisitos, así:

"La Corte Constitucional Colombiana, en múltiples oportunidades, ha sostenido que la interpretación sistemática de la Constitución de 1991 permite concluir que las autoridades públicas pueden adoptar medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o económicas. Así, en sentencia precedente dijo que estas medidas son "instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez".

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas medidas parten de dos supuestos constitucionales: El primero, de la cláusula social del Estado de Derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas, por lo que resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, económica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo. El segundo, de la concepción sustancial de la igualdad, según la cual este derecho no sólo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposición de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino también con la consagración de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (artículo 13 de la Carta). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.

Ahora bien, haciendo un recorrido por la jurisprudencia constitucional puede deducirse que esta Corporación tiene claras las características generales y los requisitos para que las autoridades consagren medidas afirmativas, pues no todas ellas se ajustan a la Carta y más bien pueden constituir evidencias de discriminación que constituye un trato inconstitucional. De hecho, la Corte advirtió que "el que el artículo 13 Superior constituya el fundamento de las acciones afirmativas no significa que toda medida de esta naturaleza sea siempre constitucional, pues en tanto ella crea una situación diferencial, también debe estar sujeta al test de igualdad".

Así, esta Corporación ha señalado que una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios; v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos."¹⁰

Para el caso en particular, las solicitudes elevadas si bien buscan que a mi poderdante se le brinde el acceso en igualdad de condiciones al concurso de méritos, se quiere hacer énfasis en que la ayuda solicitada para el estudio y presentación del examen no se hace con el fin de que se le preste una ventaja adicional frente a las otras personas que están dentro del concurso sino que esta ayuda busca que a mi poderdante se le brinden las garantías necesarias para acceder a un examen que le permitirá continuar con el cargo que ostenta en provisionalidad y que esto este tutelado bajo lo preceptuado por el derecho a la igualdad y a discriminación positiva por ser una persona con una enfermedad que le impide hacer uso de uno de sus sentidos fundamentales como lo es la visión.

¹⁰ Sentencia C-932 de 2007, Corte Constitucional.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

3.5 PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - VACIO NORMATIVO DE LA LEY 909 DE 2004 EN CUANTO A AYUDAS DE DISCAPACITADOS EN TEMAS DE CONVOCATORIAS PARA PROVEER CARGOS:

Las personas que tienen alguna discapacidad son consideradas por la Constitución Política como sujetos que gozan de una especial protección, así:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”¹¹

El Estado al ser garante de los derechos fundamentales de sus gobernados debe adoptar medidas que eviten la discriminación, garanticen la igualdad de las personas discapacitadas, evitando que las circunstancias que los rodean sean motivo de discriminación o desigualdad.

Así mismo el artículo 47 de la Constitución Política, establece:

“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.”¹²

El Estado, en los concursos para acceder a cargos de la función pública está en la obligación de garantizar el acceso igualitario a sus concursantes, aún cuando se encuentren en situación de discapacidad. Esta obligación incluye la previsión, rehabilitación e integración social para este sector.

En lo concerniente a las garantías laborales para personas discapacitadas, la Constitución Política en su artículo 54, establece:

“Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación

¹¹ Artículo 13, Constitución Política de Colombia.

¹² Artículo 47, Constitución Política de Colombia.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”¹³

Es clara la obligación a cargo del Estado, de tomar todas las medidas necesarias para garantizar a las personas con limitaciones y discapacidades el acceso a un trabajo digno, así mismo las condiciones para los concursos que se realicen para la convocatoria de los mismos cargos ofertados por el Estado.

Para el caso en particular, en lo concerniente a la Ley 909 de 2004 es evidente que la normativa de la función pública y la regulación en materia de concursos no contempla que algunas de las personas que acceden a aquellos concursos pueden ser personas con alguna enfermedad o discapacidad que les impide acceder en igualdad de condiciones a otros participantes que pueden hacer uso de todos sus sentidos y capacidades sin alguna dificultad, lo que hace que para las personas con alguna enfermedad o discapacidad que les impida hacer uso de sus capacidades y sentidos, un proceso más complicado y de difícil acceso toda vez que no se cumple con el derecho fundamental a la igualdad puesto que se les impone una carga adicional de intentar coordinar con alguna entidad el otorgamiento de una ayuda, que les permita estar en igualdad de condiciones a los otros participantes de las convocatorias.

En relación con el argumento anterior, es necesario que el Estado no solo actualice y adecue el acceso de personas con enfermedad y discapacidades que les imposibiliten hacer un uso de sus sentidos y capacidades en igualdad de condiciones a los otros participantes en sus concursos de méritos, sino que debe indicar el procedimiento que deben seguir las personas que deseen acceder a estas ayudas. Por lo anterior, es que se interpone la presente acción de tutela al no contar con otro mecanismo idóneo para acceder a la ayuda requerida.

3.6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

Dentro del bloque constitucional podemos encontrar que Colombia ha ratificado la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975) y las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad (1993). Así mismo el Convenio 159 de la OIT “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas invalidas”, la recomendación No. 168 de la OIT “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas invalidas”, aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 82 de 1988.

Otros instrumentos internacionales sobre este mismo tema pueden enunciarse así:

¹³ Artículo 54, Constitución Política de Colombia.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

- Las “*Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social*”;
- El “*Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*”;
- Normas técnicas internacionales como la Declaración de Copenhagen, Sección B 26;
- La “*Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*”;
- El Protocolo de San Salvador “*sobre derechos económicos, sociales y culturales*”, hace referencia a los derechos a la seguridad social y a la salud de personas con discapacidad.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales;
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006.

La normatividad del Estado colombiano también ha implementado mecanismos para la protección de personas en situación de discapacidad, así:

- El Decreto 2177 de 1989, “*por el cual se desarrolla la Ley 82 de 1988, aprobatoria del Convenio 159, suscrito con la Organización Internacional del Trabajo, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas*”.
- La Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social, en el cual se contempla la atención en salud y la rehabilitación de las personas con deficiencia o con discapacidad.
- La ley 361 de 1997, que comprende la constitución de mecanismos de integración social para las personas con limitaciones.
- La ley 1145 de 2007, que contiene la formulación e implementación de la política pública de discapacidad, políticas macroeconómicas y sectoriales.

Así mismo, la Honorable Constitucional ha desarrollado ampliamente esta protección especial, así:

“En este sentido, la Corte ha reconocido que son muchas las barreras y los obstáculos que han tenido que padecer las personas con limitaciones o en situación de discapacidad en nuestra sociedad, los cuales impiden que gocen efectivamente de sus derechos fundamentales, así como también impiden la inserción social y



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

laboral de esta población, e imposibilitan su participación efectiva en los asuntos que les interesa, lo cual se traduce en una clara vulneración de la dignidad de este grupo poblacional y perpetúa situaciones de discriminación y marginalidad.

En este sentido, especial atención le ha dado la Corte al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas con limitaciones o en situación de discapacidad. Para ello, ha hecho énfasis en la necesidad de brindar un trato especial a ese grupo poblacional y ha insistido en que el derecho a la igualdad más allá de una concepción formal, debe tener en cuenta las diferencias reales existentes entre personas que padecen alguna discapacidad y las que no.”¹⁴

Para mi poderdante, que se encuentra en situación de discapacidad por la disminución de su capacidad visual es importante para su desarrollo profesional, poder optar por un acceso igualitario a las condiciones de estudio del materia y desarrollo de los exámenes que se requieren para el concurso que se realiza en una de las entidades accionadas donde ella ha venido desarrollando su cargo.

El acceso a la igualdad de condiciones no se solicita solamente por garantía del proceso de selección de la persona que ocupará ese cargo, sino en aras de proteger al trabajador que ocupa actualmente ese cargo, ha demostrado que puede desempeñarse debidamente en el cargo que ocupa, así mismo buscar la estabilidad laboral de mi poderdante toda vez que la discapacidad que ha progresado en su cuerpo limita en otros ámbitos cambiar de empleo y volver a iniciar todos los procesos que aquello requiera, lo anterior sin que esto signifique algo más que mantener las condiciones y estabilidad que le proporciona su empleo actual.

3.7 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA INTERMEDIA DE LOS CARGOS EN PROVISIONALIDAD:

La Honorable Corte Constitucional, ha desarrollado su postura en materia de estabilidad laboral reforzada intermedia de los cargos en provisionalidad, así:

“6.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral que ha denominado como intermedia. Es intermedia porque si bien no tienen la misma estabilidad de los funcionarios de carrera administrativa que se encuentran en propiedad luego de haber agotado un concurso de méritos, en contraste, tampoco su desvinculación puede asimilarse a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, para quienes su permanencia en el cargo depende de la facultad

¹⁴ Sentencia T-598 de 2013, Corte Constitucional.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

discrecional del nominador debido a que cumplen funciones de confianza y manejo. Frente a éstos últimos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una estabilidad laboral precaria.

6.2. *Centrando nuestro estudio en los cargos de carrera cuya vinculación se cumple en provisionalidad, la Sala considera que la estabilidad laboral intermedia de que gozan estos funcionarios se materializa en que su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional, sino que debe ser motivada en una justa causa que objetivamente sustente la separación del cargo, como lo son: la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respeto y protección de los derechos de debido proceso y de defensa. Quiero ello decir que el retiro de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, ya que la estabilidad intermedia a la que se hace referencia, se concreta en que al ser desvinculados se les indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.*

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Lo anterior significa que cuando una persona agota todas las etapas propias del concurso de méritos y obtiene el primer puesto en la lista de elegibles desplazada al funcionario que viene ocupando el cargo en provisionalidad. Esta situación en sí misma considerada no vulnera derechos fundamentales, ya que el funcionario que ejerce el cargo en provisionalidad conoce que su situación administrativa laboral es de estabilidad temporal y que en cualquier momento puede posesionarse en el empleo una persona que detenta un mejor derecho derivado del concurso de méritos para proveer en propiedad.

Ahora bien, la pregunta que surge es la siguiente: ¿qué acontece cuando el funcionario que ejerce en provisionalidad el cargo de carrera es una mujer cobijada temporalmente por el fuero de maternidad, y la persona que ocupa el primer puesto de la lista de elegibles reclama su nombramiento en propiedad e inmediata posesión en el mismo? Para dar respuesta a este interrogante, resulta adecuado señalar que el numeral 1º del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, establece una "protección a la maternidad" dentro de la normatividad que regula los empleos públicos y la carrera administrativa, señalando que no se puede retirar



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

del servicio a la funcionaria que haya sido nombrada en provisionalidad antes del 23 de septiembre de 2004 (fecha en que entró a regir dicha ley), mientras se encuentre en estado de embarazo o disfrutando de la licencia de maternidad. Una vez finalice dicho fuero, el concursante que ocupó el puesto más destacado en la lista de elegibles podrá tomar posesión y ejercer plenamente el cargo de carrera administrativa.

El artículo en comento es un perfecto desarrollo de la garantía constitucional que dispensa protección especial a la mujer durante el embarazo y después del parto, esto es, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento de la criatura que estaba en gestación (artículos 43 Superior y 238 del CST), la cual en especial debe acontecer con ocasión de las relaciones laborales donde existe una clara subordinación de la trabajadora a su empleador. Precisamente, sobre el tema esta Corporación en sentencia T-245 de 2007, estableció que "la estabilidad laboral reforzada que ofrecen las disposiciones del texto constitucional, entre las que se incluyen aquellas que componen el bloque de constitucionalidad, se materializan en el derecho fundamental específico que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento a la mujer embarazada, según el cual no puede ser separada de su cargo, o ser sometida a cualquier forma de discriminación en el empleo, por razón de su estado de gravidez". Bastaría con agregar que dicho reconocimiento opera también para la mujer que se encuentra disfrutando de la licencia de maternidad y de la hora de lactancia.

Por consiguiente, hasta tanto la funcionaria que ejerce el cargo de carrera administrativa en provisionalidad finalice su hora de lactancia, cuenta con una estabilidad laboral reforzada la cual varía a intermedia una vez el nasciturus cumpla 6 meses de edad, es decir, una vez finalice aquella su hora de lactancia. A partir de ese momento, la persona que tenga el mejor derecho en la lista de elegibles para acceder al cargo de carrera administrativa en propiedad, podrá ser nombrada y tomar posesión del mismo."¹⁵ (Subrayado fuera del texto).

Esta estabilidad laboral reforzada intermedia aplica para el caso en particular, toda vez que mi poderdante actualmente ocupa un cargo de provisionalidad, que entró a un concurso de méritos. Por lo anterior mi poderdante desea ingresar al concurso para poder participar de la elección al cargo que esta en concurso y por ello se piden las garantías para el estudio y presentación del examen.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 800A de 2011.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

Así mismo, se pretende que, con el ingreso al concurso y presentación del examen, mi poderdante no solo quede dentro de la lista de elegibles por sus aptitudes cognitivas, sino que se invoque la estabilidad laboral reforzada intermedia en razón a lo preceptuado por el Decreto 1083 de 2015, en su artículo 2.2.5.3.2., así:

"ORDEN PARA LA PROVISIÓN DEFINITIVA DE LOS EMPLEOS DE CARRERA.

La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. *Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
2. *Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
3. *Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
4. *Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos



RODRIGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magíster en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

3. *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*¹⁶(Negrillas fuera del texto).

De acuerdo con el párrafo número dos y numeral primero, se contempla la posibilidad de que se le de prelación a la persona que está en provisionalidad y que tenga una enfermedad catastrófica o una discapacidad para que ocupe el cargo ofertado mediante concurso de méritos. Situación que se refleja las peticiones y fundamento fáctico de la presente acción de tutela puesto que mi poderdante ostenta un cargo en provisionalidad, cargo que entro en una oferta de concurso de méritos y mi poderdante se encuentra afectada por una enfermedad catastrófica puesto que sufre de miopía degenerativa, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, conjuntivitis atópica aguda, síndrome seco, astigmatismo residual y agujero macular lamelar.

En relación con lo anterior, se evidencia que el hecho de que el cargo que ostenta esté en concurso, que además mi poderdante no pueda acceder en igualdad de condiciones a los otros concursantes al estudio y presentación del examen, vulnera no solo el derecho a la igualdad, sino que se ve vulnerada su estabilidad laboral reforzada intermedia en caso de que se le impida acceder a la presentación del examen y otra persona llegue a acceder por encontrarse en el primer puesto de la lista de elegibles.

Esta postura ha sido reiterada por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia SU-1140 de 2000, así:

*“La Corte ha reiterado, en innumerables decisiones que el acceso a la función pública y el ascenso dentro de ésta, debe darse, **por regla general, a través de un concurso de méritos en virtud del cual pueda seleccionarse al mejor candidato.** Adicionalmente, ha establecido que quien ocupe el primer puesto en el concurso*

¹⁶Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.2.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

debe ser vinculado al cargo para el cual concursó. En consecuencia, para la designación de una persona en un determinado cargo judicial basta con que dicha persona reúna las calidades exigidas por la ley y ocupe el primer puesto del listado nacional de elegibles, siempre que no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo. De verificarse alguna de las mencionadas causales, deberá nombrarse a quien ocupe el segundo lugar en el concurso.”¹⁷

El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1995, falló:

*“Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular”.*¹⁸ (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.

En materia del retiro en cargos de provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del

¹⁷Corte Constitucional, Sentencia SU- 1140 de 2000.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

*nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*¹⁹

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

En efecto, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. La Corte confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental; sin embargo, consideró que, por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que *“la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”*.

Además, la Corte sostuvo por vez primera que *“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”*.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de

¹⁹Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.4.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

19

carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la **provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo**, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.² En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

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

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectuó mediante acto administrativo motivado a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

3.8 ACCIONES AFIRMATIVAS EN FAVOR DE EMPLEADOS PROVISIONALES QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIONES ESPECIALES

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *“concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”*²⁰.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁶, 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.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)²¹.

²⁰Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²¹MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad,



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, París II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011⁸, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación²², 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 desvinculación¹⁰. 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.

*[...] 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, entendiéndose 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.***

pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

²²La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez -- Abogado Universidad Santo Tomas.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una 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 ocupando²³ (negritas originales).

Para el caso en particular, mi poderdante esta diagnosticada de miopía degenerativa, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, conjuntivitis atópica aguda, síndrome seco, astigmatismo residual y agujero macular lamelar. Enfermedades que pueden considerarse graves y/o catastróficas, toda vez que han ido degenerando su capacidad visual e imposibilitado el normal desarrollo de sus actividades. Es así que, desde el 31 de agosto del año en curso, mi poderdante fue diagnosticada por su entidad prestadora de salud y a raíz de ese diagnóstico, las incapacidades y las dificultades ha decidido tramitar su pensión de acuerdo con el concepto médico y la remisión dada por Aliansalud E.P.S., puesto que el pronóstico de rehabilitación no es favorable, así mismo lo es su pronóstico funcional, por lo anterior desde el día 02 de octubre del año en curso su caso fue remitido al fondo de pensiones, Colpensiones.

En conclusión, las solicitudes hechas en la presente acción de tutela tienen como fundamento, además de lo expuesto en los numerales anteriores, la estabilidad laboral reforzada intermedia para que se protejan los derechos y bienestar de mi poderdante.

4.PRUEBAS

- Certificado laboral de nombramiento en el cargo INSTRUCTOR Código 313 grado No. 14, de la Secretaría Distrital de Integración Social del día 29 de marzo de 2019.
- Cargos ofrecidos en la convocatoria 818 de 2018, por la Comisión Nacional del Servicio Civil. *
- Historia clínica elaborada por Horus Grupo Oftalmológico. *
- Historia clínica, Centro Oftalmológico Gustavo Tamayo F. del 03 de octubre de 2018.*

²³Corte Constitucional Sentencia T 373 de 2017.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez – Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon – Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

16

- Tomografía óptica del día 17 de octubre de 2018, del Centro Macula. •
- OftalmoHelp, consulta por primera vez del día 11 de mayo de 2019. •
- Tomografía óptica coherente, tomada por OftalmoHelp el día 02 de julio de 2019. •
- Angiografía fluoresceínica, tomada por OftalmoHelp el día 12 de julio de 2019.
- Historia clínica por OftalmoHelp, del día 31 de agosto de 2019.
- Autorización del día 12 de septiembre de 2019, por Bienestar I.P.S. •
- Valoración en el Centro de Rehabilitación para adultos ciegos del día 23 de septiembre de 2019. •
- Concepto de rehabilitación desfavorable por Aliansalud E.P.S. para COLPENSIONES, del día 02 de octubre de 2019. •
- Respuesta de COLPENSIONES, del día 09 de octubre de 2019. •
- Derecho de petición presentado el día 15 de octubre de 2019 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil. •
- Respuesta de la Personería de Bogotá del día 23 de octubre de 2019. •
- Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Copia de la cedula de ciudadanía de la Señora Claudia Liliana Chávez Rueda. •
- Copia de la cedula de ciudadanía del suscrito Andrés Rodríguez Gutiérrez.
- Copia de la tarjeta profesional del suscrito Andrés Rodríguez Gutiérrez.
- Poder especial para presentar acción de tutela.

5. ANEXOS

Lo enunciado en el acápite de pruebas.

6. NOTIFICACIONES

➤ La parte accionante:

Recibiremos notificaciones en la dirección Avenida Carrera 45 (Autopista Norte) N° 97 – 50, Oficina 501, de la ciudad de Bogotá.

Para notificaciones electrónicas al correo: rodriguezgutierrezabogados@gmail.com

➤ Los accionados:

1). Comisión Nacional Del Servicio Civil

- Recibe notificaciones en la dirección Carrera 16 No. 96 – 64, Piso 7, de la ciudad de Bogotá.

- Para notificaciones electrónicas al correo: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co.



RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ ABOGADOS.

Especialistas en Derecho Público y Privado

Andrés Rodríguez Gutiérrez - Abogado Universidad Santo Tomás.

Magister en Ciencia Administrativa de la Universidad Panthéon - Assas, Paris II

Doctor en Derecho (Ph.D.) de la Universidad Montesquieu - Bordeaux IV, Francia.

2) Departamento Administrativo De La Función Pública:

- Recibe notificaciones en la dirección Carrera 6 # 12-62, de la ciudad de Bogotá.

- Para notificaciones electrónicas al correo:
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co

3) Alcaldía Mayor De Bogotá En Representación De La Secretaria Distrital De Integración Social De Bogotá:

- Recibe notificaciones en la dirección Cra 8 N° 10-65, de la ciudad de Bogotá.

- Para notificaciones electrónicas al correo:
notificacionesjudiciales@gobiernobogota.gov.co

Del Señor Juez,

Atentamente,


ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIERREZ
C.C. N° 79.695.534 de Bogotá
T.P. N° 193.758 del Consejo Superior de la Judicatura.