



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**

Yopal – Casanare, seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020)

Ref.:

Medio Constit.: TUTELA

Terminación de relación laboral de una trabajadora que ejercía el cargo de Instructor Grado 01-20 (en provisionalidad) en el Servicio Nacional de Aprendizaje – "SENA" –, derivado del nombramiento en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa, de quien ganó el concurso de méritos 436 de 2017.

Considera la tutelante amenazados y/o vulnerados sus derechos fundamentales a la Salud, la Vida, al Trabajo, la Seguridad Social y el Mínimo Vital.

Accionante: MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN.

Accionado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" – REGIONAL CASANARE.

Tercero con int. EDUARDO MARTINEZ CASTRO

Radicación: 85001-33-33-002-2020-00049-00

Procede este Despacho a proferir sentencia que corresponda en el asunto de la referencia, una vez concluido el trámite especial establecido en el Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y recaudados informes de las accionadas en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

OBJETO DE LA DEMANDA

La ciudadana MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN a través de apoderada judicial acude a esta figura de rango constitucional a fin que se le ampare y proteja sus derechos fundamentales a la *Salud, la Vida, al Trabajo la Seguridad Social y el Mínimo Vital*, que según señala en su escrito están siendo amenazados y/o violados por la accionada: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA", conforme a la situación individual que *in extenso* pone en conocimiento.

PRETENSIONES

Conforme a lo esbozado en el escrito de tutela, se pretende por la accionante, lo siguiente:

PRIMERO: Se amparen los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la vida digna, al trabajo, a la seguridad social, y a la protección laboral reforzada de la señora **MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN**, por la enfermedad Catastrófica que padece, su condición de prepensionada, y atendiendo además a las medidas adoptadas para la protección laboral y de los contratistas de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

SEGUNDO: Solicito señor Juez que a efectos de garantizar no solo la prestación del servicio de salud en el régimen contributivo, sino los aportes pensionales por el tiempo que falta a efectos de garantizar el acceso al derecho pensional bajo la modalidad de pensión por vejez o de invalidez – según su estado de salud-, en la que se encuentra en proceso de consolidación por parte de mi representada, se ordene a la Directora del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA-REGIONAL CASANARE**, se sirva reubicar o nombrar en provisionalidad a la señora **MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN**, en otro cargo de la misma o similar categoría, que se encuentre vacante dentro del SENA, o en uno de las vacantes futuras en provisionalidad, en caso tal de que existan. Subsidiariamente, en caso de no ser posible lo anterior, se ordene la vinculación de mi prohijada, mediante alguna vinculación contractual, equiparable a la actual, para desarrollar alguna de las labores docentes o administrativas que habitualmente contrata el SENA en el área del conocimiento y experiencia de mi representada. En este último caso la vinculación debe garantizarse hasta tanto se consolide el derecho pensional de la accionante o hasta que se le nombre en provisionalidad dentro del SENA, o en uno de las vacantes futuras en provisionalidad, en caso tal de que existan

TERCERO. En caso que a la fecha en que sea emitida sentencia se encuentre efectivamente desvinculada mi representada, solicito comedidamente que se ordene a la accionada su reintegro y reubicación, sin solución de continuidad y por ende ser ordene el pago de los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social a que haya lugar durante el lapso de desvinculación.

CUARTO. Señor Juez, atendiendo a sus facultades extra y ultrapetita, como juez constitucional, le solicito respetuosamente adoptar las medidas adicionales que estime convenientes para garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales de la señora **MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN.**”

Como soporte de sus pretensiones, allega la siguiente documentación:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN.
- Copia de “*Historia Clínica Ocupacional*” de fecha 4 de abril de 2018, expedida por el “SENA”, correspondiente a la señora María Amelia Holguín Guarín.
- Copia de Historia Clínica de fecha 8 de septiembre de 2018, expedida por la EPS “COMPENSAR”, correspondiente a la señora María Amelia Holguín Guarín, donde se conceptúa: “MUJER CON CUADRO DE OSTEOARTROSIS DEGENERATIVA Y ARTRITIS REMATOIDEA CRONICA CON EVOLUCIÓN DESFAVORABLE CON TENDENCIA A EXACERBACIÓN DE LOS SINTOMAS POR LO QUE REQUIERE

INMUNOSUPRESORES, SE INICIA TERAPIA SEDATIVA POR SECUELAS DE PATOLOGIA".

- Copia de "*Examen Médico Periódico*" de fecha 26 de febrero de 2020, efectuado por el "SENA" y correspondiente a la señora María Amelia Holguín Guarín, de donde se destaca como antecedentes médicos "*Asma, Artritis Rematoidea*". (Subraya del Juzgado)
- Copia de "*Historia Clínica Psicológica Ocupacional*" de fecha 15 de abril de 2020, expedida por el "SENA", correspondiente a la señora María Amelia Holguín Guarín.
- Copia de la Resolución No. 00048 del 19 de diciembre de 2017, expedido por la Subdirectora del Centro Agroindustrial y Fortalecimiento Empresarial de Casanare del "SENA", mediante el cual se nombró en *provisionalidad* a la señora María Amelia Holguín Guarín en el *cargo de Instructor G1-20* en el Centro Agroindustrial y Fortalecimiento Empresarial de Casanare de la Regional Casanare; dicha decisión fue notificada a la mencionada ciudadana a través de oficio 851010 – 000050 del 18 de Enero de 2018.
- Oficio con radicado N° 2057 del 21 de septiembre de 2018, suscrito por la señora María Amelia Holguín Guarín y dirigido a la Coordinadora Grupo Mixto de Apoyo Administrativo – Despacho Regional Casanare "SENA", mediante el cual informa "Reporte de situaciones especiales para tener en cuenta al proveer empleos de carrera administrativa con listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017", destacando que ostenta una enfermedad denominada "*Catastrófica*".
- Copia de la Resolución No. 85 – 000066 del 24 de Marzo de 2020, expedida por la Directora Regional Casanare del "SENA", mediante el cual se nombró en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa al señor Eduardo Martínez Castro en el cargo identificado con la OPEC N° 58.326 denominado INSTRUCTOR Grado 01-20, ubicado en la REGIONAL CASANARE, dependencia CENTRO AGROINDUSTRIAL Y FORTALECIMIENTO EMPRESARIAL DE CASANARE, sede Yopal de la planta Global del "SENA"; así mismo, y como consecuencia de lo anterior, se da por terminado el nombramiento provisional de la señora María Amelia Holguín Guarín quien se encontraba desempeñando el aludido cargo.

ANTECEDENTES:

Conforme a la propia redacción de la demanda, se resaltan los siguientes hechos relevantes:

1. Mediante resolución No 000448 de 19 de diciembre de 2017, la ciudadana MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, fue nombrada en provisionalidad para desempeñar el cargo de Instructor G 01-20 OPEC 58326, en la REGIONAL CASANARE DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA; cargo en el cual se posesionó el 24 de enero de 2018 y cuyo nombramiento fue prorrogado.

2. Refiere que el 08 de Septiembre de 2018, la Médico Especialista en Reumatología, le diagnosticó: *"MUJER CON CUADRO DE OSTEOARTROSIS DEGENERATIVA Y ARTRITIS REUMATOIDEA CRÓNICA CON EVOLUCIÓN DESFAVORABLE CON TENDENCIA A EXACERVACION DE LOS SÍNTOMAS POR LO QUE REQUIERE INMUNOSUPRESORES, SE INICIA TERAPIA SEDATIVA POR SECUELAS DE PATOLOGÍA"*; acorde con lo anterior, advierte que el "SENA" tiene pleno conocimiento de dicha patología hasta el punto que en la misma *"HISTORIA CLINICA OCUPACIONAL"*, se encuentra consignada dicha enfermedad.

3. Que el SENA adelantó concurso de méritos 436 de 2017, para proveer una serie de cargos entre otros el que ocupa la doctora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN.

4. Mediante comunicación con radicado 2057 de 21 de septiembre de 2018, la accionante MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, acreditó su condición médica de paciente de enfermedad catastrófica, soportando con los documentos pertinentes, y solicitó protección especial al "SENA", a efectos que fuese tenida en cuenta su condición física y de salud al momento de proveer los cargos del concurso de méritos.

5. Mediante comunicación 85-1010 de 2020, emanada del SENA, por vía correo electrónico, mediante mensaje de datos del 31 de marzo de 2020, se le informa a la señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, la terminación de su nombramiento en provisionalidad en el cargo de instructor G 01-20 OPEC 58.326, en ejecución de la lista de elegibles contenida en la Resolución N° CNSC — 20182120186815 del 24/12/2020 por convocatoria 436 de 2017, así como se le indica en la misiva que su desvinculación de la entidad, se hará efectiva a partir del mismo día en el que la persona nombrada en período de prueba tomó posesión del empleo, para el cargo para el cual concurso (se nombró al señor EDUARDO MARTINEZ CASTRO), motivo por el cual se le pide que haga alistamiento para la desvinculación definitiva, diligenciando una serie de formatos y haciendo entrega del puesto de trabajo a su jefe inmediato.

6. Que la desvinculación de la señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, no contempla medida afirmativa a su favor, y en todo caso, de existir, no se compadece con su estado de salud, con la necesidad imperiosa que tiene de gozar de seguridad social para garantizar los tratamientos

de su patología, la necesidad que tiene de tener unos ingresos que garanticen para el caso no solo el mínimo vital, sino que le permitan contar con los medios que implica el tratamiento de su enfermedad.

7. La señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, cuenta en la fecha con 57 años de edad, es de estado civil separada, sin familia en Yopal que la pueda apoyar o respaldar en la situación de salud que atraviesa y económica a la que la avocarían, una vez desvinculada de su empleo, y si bien cuenta con dos hijas ellas ya tienen sus propios hogares y responsabilidades.

8. Requiere el amparo constitucional la señora HOLGUIN GUARIN, no solo por el padecimiento de la enfermedad de Artritis Reumatoidea, sino por encontrarse en edad de 57 años, que la ubica en etapa de pre pensionada, en etapa de consolidación de su derecho pensional, no solo de la pensión de vejez, sino de una posible pensión de invalidez, dado su padecimiento.

9. Es de público conocimiento que fue decretado por el Gobierno el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecología en el País, y dentro de las medidas adoptadas se encuentran las contenidas en el Decreto 491 de 28 de marzo de 2020 *"Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*.

10. Se advierte que el SENA además de contratar regularmente un alto número de personal para cumplir con la labor misional de Instructor en el SENA, cuenta con vacantes, y puede tomar las medidas administrativas del caso tendientes a garantizar los derechos fundamentales de la demandante, así como el derecho al acceso a la función pública de quien ganó el concurso, armonizando ambos derechos.

11. Por lo anterior, solicita que se tomen las medidas necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN y se adopte a su favor en realidad las medidas positivas que en el marco de la jurisprudencia Constitucional se imponen dada su especial condición.

ACTUACIÓN PROCESAL

Debido a la contingencia generada por la pandemia del Covid-19, la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal, remitió vía correo electrónico el

presente escrito de Tutela a la cuenta oficial del Juzgado el día 23 de Abril del año en curso; una vez advertida la existencia de dicha actuación por Secretaría, se ingresó el expediente al Despacho para primer pronunciamiento, que se traduce en AUTO ADMISORIO de fecha 24 de Abril de 2020, teniendo como parte demandada al INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" Regional Casanare, de igual forma y a título oficioso se ordenó la vinculación del señor EDUARDO MARTINEZ CASTRO en calidad de Tercero con Interés; dentro de dicho proveído se ordenó correr traslado a las partes por el término de tres (3) días para que informasen lo correspondiente a la solicitud del accionante y se manifestaran sobre la demanda de amparo impetrada, igualmente y dentro del mismo término se requirió para que remitieran copia auténtica del expediente administrativo o la documentación donde conste los antecedentes que guarden relación directa con lo peticionado; finalmente, se advierte que también se negó la Medida Cautelar solicitada con el libelo demandatorio.

Mediante correo electrónico remitido por la Secretaría de este Despacho Judicial, se procedió a notificar por este medio a la entidad demandada – INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" Regional Casanare y al ciudadano EDUARDO MARTINEZ CASTRO en calidad de Tercero con Interés en las resultas del proceso; de igual forma, se comunicó al señor agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho judicial y a la Defensoría del Pueblo.

Manifestación del Instituto Nacional de Aprendizaje "SENA" Regional Casanare:

Esta accionada a través de su titular o representante legal se hace presente directamente al escenario de la discusión por la presunta vulneración o amenaza de derechos fundamentales que se le ha planteado, allegando contestación a la demanda, en la cual manifiesta oponerse a las pretensiones incoadas al sostener que se han desplegado todas las actuaciones administrativas pertinentes y legales, para respetar los derechos y garantías que le asisten a la actora, acorde con las siguientes acotaciones:

"Es cierto que la accionante labora en el SENA en calidad de funcionario en provisionalidad desde el año 2017 como instructor G 01-20 OPEC 58326, con posesión del día 24 de enero de 2018 y nombramiento prorrogado.

No era de conocimiento del SENA conoce de la condición médica de la funcionaria, toda vez que se le hicieron los exámenes médicos de ingreso que son de carácter únicamente ocupacional, y la accionante estaba en la obligación de ponerla en conocimiento de la entidad, dado que los referidos exámenes ocupacionales no incluyen paraclínicos, mucho menos de alta complejidad como los que refiere en la acción de tutela.

Si bien los argumentos de diagnóstico que presenta la funcionaria en la acción, corresponden a enfermedad catastrófica y degenerativa, los mismos no son soportados con los respectivos exámenes, y son puestos en conocimiento de la entidad solo hasta el mes de septiembre de 2018, cuando ya se estaba desarrollando el concurso de méritos para ocupar su cargo a través del mecanismo de carrera administrativa que ordena la constitución.

De otra parte, la funcionaria ante el estado de salud que refiere no ha iniciado los trámites de pensión de invalidez, a través de los mecanismos legales como es la referencia y calificación de la ARL, ni para la pensión de vejez como es el cumplimiento de las semanas cotizadas, lo que quiere decir, que mal podría considerarse a estas alturas como pre pensionada, que es la categoría en la cual se incluyen las personas que han cumplido los requisitos de edad y semanas cotizadas, o, como debería haberlo hecho, iniciar el trámite para que le sea declarada la pérdida de capacidad laboral y como consecuencia de ello, la pensión de invalidez.

Para el mes de febrero de 2020 la funcionaria ha cotizado 454 semanas, lo que descarta que tenga el requisito de cotización, y eso descarta la posibilidad de pensionarse por vejez, quedándole solo el camino de la pensión por invalidez que, reitero, debe ser avalado por la ARL y gestionado por la accionante, lo que no tiene que ver con las obligaciones del SENA en ese sentido y, por ende, no podría decirse técnicamente que es pre pensionada pues no ha iniciado el trámite. En estas circunstancias el SENA no le está vulnerando sus derechos fundamentales como subjetivamente pretende hacer valer en la acción de tutela.

De otra parte, los hechos clínicos que refiere no han sido probados, y es mendaz la información que en la historia ocupacional el SENA haya diagnosticado la artritis reumatoidea, reitero, debido a que ello supone exámenes paraclínicos y de alta complejidad, los cuales escapan a la órbita de competencia de los diagnósticos de ingreso, periódicos y de egreso que debe realizar la entidad.

Frente a la realización de concurso para ocupar el cargo de quien lo ocupa en provisionalidad, es cierto que el SENA desarrollo la convocatoria 436 de 2017 para la provisión de cargos, como es su obligación legal y constitucional, sin que ello suponga una vulneración de los derechos de la accionante; por el contrario, el no haber convocado a concurso sería incurrir en omisión de deberes, falta disciplinaria a la luz de lo preceptuado en la Ley 734 de 2002. Considero respetuosamente, que en este sentido la acción no está llamada a prosperar, como quiera que, si el concurso se convocó en el año 2017 y la funcionaria informó de su diagnóstico en septiembre de 2018, podría haber incoado la tutela a prevención, pues a estas alturas ha perdido el requisito de procedibilidad de la inmediatez.

Los demás hechos narrados por la accionante en lo que refiere a las comunicaciones del concurso y la orden de entregar el cargo, corresponden al concurso de méritos y bajo las reglas de la Comisión Nacional del Servicio Civil, son de obligatorio acatamiento, están conforme al cronograma de cada una, por lo que no puede decirse que en ese sentido se le esté vulnerando algún derecho fundamental.

En el hecho 11 de la demanda la accionante asegura que el SENA no dio respuesta a su solicitud, lo que es contrario a la verdad toda vez que con radicado 851010-004394 del 13 de diciembre de 2018 se le remitió respuesta, la cual anexo.

Para los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, descartada ya la condición de inmediatez y la de vulneración al debido proceso, solo cabe recabar que, la accionante cuenta con otros medios legales para hacer valer los derechos que considera vulnerados, pero estos no pueden ser ni el concurso, ni las actuaciones del SENA derivadas de el mismo, y eso solo sería competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

(...)

FRENTE A LAS PRETENSIONES:

A LA PRIMERA: La condición de enfermedad catastrófica debe ser avalada por la ARL quien determinará si existe disminución de capacidad laboral y por ende le asiste a la accionante la calidad de beneficiaria de la pensión por invalidez. Cabe advertir que la condición de pre pensionado no se adquiere solo con la edad sino además con los vínculos con el sistema general de pensiones como son las semanas cotizadas y la edad de pensión o como en este caso debe ser, la condición clínica de disminución de capacidad laboral.

A LA SEGUNDA: Sin el requisito anterior, no es de la órbita de obligaciones de la Directora Regional el disponer su reubicación.

A LA TERCERA: La decisión de reubicación sin solución de continuidad solo puede ser decretada a través de decisión judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa luego de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no por la Directora Regional del SENA.

FRENTE A LA MEDIDA CAUTELAR:

Ya fue desestimada por su despacho en el auto admisorio de la demanda.

PETICION:

*Solicito respetuosamente al señor juez sea desestimada la acción de tutela, como quiera que pese a los hechos narrados precedentemente y las justificaciones legales que nos acogen, el SENA a través de correo electrónico del 16 de abril de 2020, dirigido al Doctor Jonathan Alexander Blanco Barahona Coordinador Grupo Relaciones Laborales, Secretaria General del Sena Dirección General, informó lo siguiente: **"En cumplimiento a lo ordenado por la Secretaria General a través de oficio radicado bajo el número 8-2020-021928 del 7 de abril de 2020, me permito informar que en el Centro Agroindustrial y Fortalecimiento Empresarial del SENA Regional Casanare, labora la funcionaria MARIA AMELIA HOLGUIN DUQUE en el cargo Instructor Grado 08 en provisionalidad, el cual deberá ser ocupado en virtud de los resultados y lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017; la mencionada funcionaria ostenta el orden de protección por enfermedad catastrófica, ínsito en el artículo 2.2.5.3.2. parágrafo 2 del Decreto 498 de 2020 que modificó el Decreto 1083 de 2015.***

En la actualidad la mencionada funcionaria padece de osteoartrosis de columna lumbar degenerativa y artritis reumatoidea crónica con irradiación en miembros inferiores, que se sustenta en copia de la historia clínica 3775305 expedida por la EPS COMPENSAR SALUD, la cual se adjunta.

Igualmente, informo que en este centro de costo no existe otro empleo de carrera o de planta temporal que se encuentre vacante, con denominación, grado, funciones o requisitos similares.

Por lo anterior, se remite el caso con el fin de que se determine si hay lugar a otras acciones afirmativas y en lo posible considerar la ubicación de una vacante en la Regional Casanare con las mismas condiciones del cargo actual, debido a que la funcionaria tiene su grupo familiar en este Departamento”, lo que quiere decir que aún está en proceso de vinculación y por ende, las pretensiones de la tutela carecen de piso jurídico y factico , pues se están desarrollando todas las actividades necesarias para garantizarle sus derechos.

Se advierte que como soporte probatorio allegó los mismos documentos que fueron adjuntados en su oportunidad por la parte actora, por lo cual no hay lugar a rememorarlos.

***Manifestación del Instituto Nacional de Aprendizaje “SENA”
Secretaría General:***

A través de funcionario delegado de dicha dependencia, se hace presente dentro de la oportunidad procesal pertinente, complementando la defensa de dicha entidad, acorde con las siguientes consideraciones relevantes:

“IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

El numeral 1° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 con relación a las causales de improcedencia de la acción de tutela establece:

(...)

De la norma transcrita se deduce que cuando existen otros medios de defensa, bien sea en sede administrativa o judicial, para obtener la protección de los derechos de estirpe legal que sostiene el demandante le han sido vulnerados, siendo de su resorte ejercitarlos ante las autoridades administrativas o judiciales correspondientes según la instancia o la clase de acción que pretenda iniciar.

De tal suerte que la acción de tutela es un mecanismo excepcional, que brinda la protección inmediata de los derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública, pero en ninguna manera se establece como acción que pueda ser sustitutiva de las acciones ordinarias que se ejercen ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

(...)

Es de anotar que el accionante, pese a que invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, nunca probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar.

Así mismo el accionante cuenta con el mecanismo de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho ante la jurisdicción administrativa para lo cual contaba con cuatro meses luego de producido el hecho generador.

(...)

(...) el SENA reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – Entidad facultada por el artículo 130 de la Constitución Política – un total de 4.973 vacantes, con el fin que se realizara concurso público y abierto para su provisión definitiva, de acuerdo con lo previsto en las siguientes normas del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017:

(...)

De acuerdo con lo mencionado, la CNSC dio apertura a la Convocatoria 436 de 2017, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la Entidad en mención.

(...)

En consecuencia, aquellos provisionales que se encuentren nombrados en empleos reportados en la Convocatoria 436 de 2017, como es el caso de la accionante, deberán ser retirados como consecuencia del cumplimiento al principio de mérito establecido en la Constitución Política. Al respecto, es importante mencionar que la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos resaltó ésta obligación de las Entidades Públicas, indicando el mejor derecho que poseen aquellos que participaron en un proceso de selección público y abierto y la estabilidad relativa de los provisionales, a saber:

(...)

DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIÓN ESPECIAL:

Ahora bien y en tratándose de provisionales en situaciones especiales, tales como pre pensionados, madres o padres cabeza de familia, embarazadas, situación de discapacidad o enfermedad catastrófica, como es el caso del (la) accionante, la Corte Constitucional ha señalado en diferentes sentencias, que se deben prever acciones afirmativas por parte de las Entidades del Estado al momento de realizar el retiro del servicio.

Específicamente en relación con posesiones que implican el retiro de personas vinculadas con nombramiento provisional, que se encuentran en situación especial (con enfermedad catastrófica, con discapacidad, pre pensionado, madre o padre cabeza de familia, embarazada o lactante), de manera atenta informo:

Sobre este aspecto, mediante oficio 01-2-2019-000258 del 24 de enero de 2019 se solicitó concepto al Departamento Administrativo de la Función Pública, que fue respondido con el Oficio 2019600046031 del 1 de marzo de 2019, en el que concluyó:

"Con fundamento en lo expuesto, acorde con la normativa y la jurisprudencia indicas en la presente comunicación, se tiene que la Entidad deberá proceder a efectuar los nombramientos en periodo de prueba con las personas que ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles producto del proceso de selección adelantado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En cuanto a los empleados con nombramiento provisional que están en situación estabilidad laboral reforzada, **deben ser retirados del servicio con el fin de proveer los empleos respectivos con quienes superaron el concurso de méritos.**

No obstante, corresponde a la Administración aplicar medidas afirmativas de tal manera que se proceda con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

En este sentido, una vez la entidad provea los empleos en periodo de prueba que fueron objeto de concurso y que tienen listas de elegibles vigentes, **pueden verificar en su planta de personal los empleos vacantes temporal o definitivamente y efectuar un nuevo nombramiento provisional con quienes están en situación de**

estabilidad laboral reforzada, sin desconocer el derecho preferencial de encargo con los empleados de carrera” (El resaltado es nuestro).

Conforme a lo anterior y con especial cuidado de no lesionar los derechos de quienes se encuentran en situación especial el SENA realizó las siguientes acciones afirmativas:

1. Emitió la circular 3-2018-000159 en la que se solicitó reportar las situaciones especiales indicadas en el Decreto 648 de 2017
2. Se consolidó el listado de personas con situaciones especiales dentro del cual la accionada no se reportó al no realizar la correspondiente solicitud.
3. Se realizó análisis de la información reportada por parte de los grupos de pensiones, y seguridad y salud en el trabajo
4. Se solicitó complementar la información consolidada a los grupos de apoyo administrativo
5. Se emitió el oficio 01-2-2019-000258 del 24 de enero de 2019 solicitando concepto al DAFP
6. Se emitió CI 8-2019-011355 del 25 de febrero de 2019, solicitando no dar posesión a personas en situación especial hasta nueva orientación

Ahora bien, en el marco del concepto emitido con el oficio 01-2-2019-000258 del 24 de enero de 2019, anteriormente transcrito, **se debe proceder a la posesión de elegibles** que han sido nombrados y cuya posesión se postergó hasta el final del cronograma de posesiones, en virtud de la situación especial del provisional que resultaba retirado, se han emitido lineamientos sobre posesión, así:

- **Cargos Administrativos SIN situación especial:** Se vienen realizando el 13 de marzo de 2019, de acuerdo con cronograma de nómina establecido en lineamiento emitido por la Secretaría General mediante Comunicación No. 8-2019-011355 del 25 de febrero de 2019.
- **Cargos Administrativos CON situación especial:** Se realizaron el 14 de marzo de 2019.
- **Cargos de Instructor SIN situación especial:** Se realizaron desde el 1º de marzo y hasta el 14 de marzo de 2019 para pago de nómina en el mes de marzo, de acuerdo con cronograma de nómina establecido en lineamiento emitido por la Secretaría General mediante Comunicación No. 8-2019-011355 del 25 de febrero de 2019.
- **Cargos de Instructor CON situación especial:** Se realizaron el pasado 02 de abril de 2019 dando cumplimiento a las acciones afirmativas planteadas por la Secretaría General.

(...)

De lo anterior se puede concluir señor Juez, que después de haber garantizado todas las acciones afirmativas en torno a la situación especial del (la) accionante, no es viable realizar reubicaciones en los empleos vacantes definitivos de la planta de personal, pues ello **implica la vulneración del derecho preferente a encargo de todos los funcionarios con derechos de carrera administrativa de los niveles jerárquicos** inferiores al empleo en el que por orden judicial de tutela se debe reubicar al (la) accionante, quienes ingresaron a la entidad por el mérito conforme a las reglas de carrera vigentes al momento de su ingreso y cuyos derechos están resultando vulnerados, sin ni siquiera haberse hecho parte dentro de la acción de tutela que nos ocupa; de esta manera el fallo impugnado al pretender proteger los derechos de una sola persona, vulnera los derechos de carrera administrativa de quienes si tienen estabilidad laboral en la Entidad

- **CONDICIÓN DE PREPENSIONADA**

En cuanto a la condición especial aducida por el accionante y avalada por el a quo, de pre pensionado, es menester frente a este tema tener en cuenta que la Sentencia de Unificación 003; Sala Plena de la Corte Constitucional; Referencia: T- 5.712.990; Acción de tutela instaurada por Alfonso Serrano Ardila contra la Dirección de Tránsito y Transportes de Bucaramanga; Magistrado Ponente, CARLOS BERNAL PULIDO de fecha, ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dejó claramente establecidas las condiciones para tener en cuenta esta situación particular, en los siguientes términos:

"60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la **"prepensión" es diferente a la del denominado "retén social"**, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

"[...]en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir **los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez**".

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión." El resaltado y subrayado es nuestro

En el presente caso el accionante no puede ser catalogado como prepensionada, por cuanto ya cuenta con 57 años de edad y el requisito -en el caso de las mujeres- es de 57 años. De acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional debería cumplir con **ambos requisitos** dentro de los tres años siguientes a su desvinculación. Por ende, teniendo en cuenta que el accionante ya cuenta con la edad de jubilación mismo cuenta con otros mecanismos a los cuales acceder tales como el bono pensional dadas sus condiciones, pensión mínima de la que habla el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, la accionante no puede esgrimir tal condición, para sobreponer su derecho al del elegible con derecho por mérito, y el a quo no podría acreditar tal condición ni confundirla con la figura del retén social.

Teniendo en cuenta lo anterior procedemos con:

3. PRETENSIONES

De conformidad con lo anteriormente expuesto y con los fundamentos de hecho y de derecho; se solicita muy respetuosamente al Honorable Despacho, NEGAR POR IMPROCEDENTE las pretensiones de la accionante, comoquiera que es obligación del SENA dar cumplimiento al principio constitucional del mérito y realizar los nombramientos en período de prueba de las personas que superaron exitosamente el proceso de selección realizado por la Comisión

Nacional del Servicio Civil a través de la Convocatoria 436 de 2017 y así mismo no acredite la condición de padre cabeza de familia al accionante dado que éste no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional y tampoco los acredita.”

Concepto del señor Agente del Ministerio Público:

Mediante memorial remitido vía electrónica dentro de la oportunidad procesal pertinente, el señor Procurador 182 Judicial I delegado ante este Despacho, emite pronunciamiento respecto al medio constitucional referido, haciendo énfasis en los antecedentes que originan la solicitud de amparo, análisis y conclusiones, procedencia de la acción de tutela, y la probable vulneración de derechos fundamentales, llegando a las siguientes conclusiones relevantes:

“Descendiendo al sustrato fáctico planteado en el escrito de tutela por la accionante tenemos que, la señora HOLGUIN ataca un acto administrativo que la desvincula del cargo que ostentaba en provisionalidad en el SENA y, de conformidad con su dicho, ese constituye la única fuente de ingresos con que cuenta, por lo tanto se cumplen los requisitos de procedibilidad de la tutela y, en tal sentido, debe realizarse un análisis de fondo sobre si existe o no vulneración de sus derechos fundamentales.

Para el Ministerio Público resulta innegable que la entidad accionada obra en cumplimiento de un deber legal cuando procede a nombrar a la persona que ha superado el concurso de méritos para el cargo de Instructor, sin embargo, ello por sí solo no implica el respeto por el debido proceso en favor de la accionante.

La señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, estima procedente la protección constitucional por considerar que, en su condición de empleada nombrada en provisionalidad que padece una enfermedad catastrófica (artritis reumatoide), le fueron violados sus derechos fundamentales por parte del SENA al desvincularla de su cargo para proveerlo por quien superó el concurso respectivo.

Considera la señora HOLGUIN que no existen acciones afirmativas efectivas de parte del SENA ya que ello reúne cuando menos dos calidades que debieron ser tomadas en consideración por la accionada, esto es, su edad (57 años), lo que la incluye como prepensionada y, adicionalmente, la patología que la aqueja, la cual es además considerada como una enfermedad catastrófica.

Para solventar la controversia debemos reseñar el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a las dos calidades que alega ostentar la accionante, empezando por la de PREPENSIONADA, al respecto, en sentencia de unificación del año 2018¹ se modificó la línea de protección que se había consolidado, (...)

(...)

De esta forma tenemos que son dos los requisitos necesarios para estructurar la protección constitucional cuando se invoca la calidad de pre pensionado, por un lado la edad y por otro las semanas de cotización, en el caso bajo análisis la accionante demuestra tener 57 años (de acuerdo con su cédula de

¹ Sentencia de la Corte Constitucional de fecha 08 de febrero de 2018, radicado SU 003/18, con ponencia del Magistrado CARLOS BERNAL PULIDO.

ciudadanía su fecha de nacimiento corresponde al 29 de marzo de 1963), por lo tanto podría eventualmente estar amparada de tal condición, sin embargo no se encuentran acreditadas dentro del expediente las semanas de cotización y, adicionalmente en su contestación el SENA manifiesta que el tiempo asciende a 454 semanas a favor del respectivo fondo de pensiones, por lo tanto no se demuestra uno de los requerimientos indispensables para predicar la protección como pre pensionada, en estricta aplicación de la sentencia proferida por la Corte Constitucional en sede de unificación jurisprudencial y que sirve de referente obligatorio para los operadores judiciales al solventar controversias en que se discutan asuntos equivalentes.

Ahora bien, en cuanto a la segunda condición que presenta la señora MARIA AMELIA HOLGUÍN, esto es, la relacionada con sus padecimientos de salud, se verifica con la historia clínica que presenta un cuadro de osteo artrosis primaria generalizada y artritis reumatoide, lo cual no la incapacita para prestar los servicios para los cuales fue vinculada al SENA, pero si se configura como una enfermedad de alto costo de conformidad con la resolución 3974 de 2009 del Ministerio de Salud.

En tal sentido, atendiendo igualmente los postulados establecidos por la jurisprudencia constitucional, el SENA debió dar prevalencia a los derechos de la persona que superó el concurso y nombrarlo en carrera administrativa, en período de prueba, pero de manera previa se han debido adoptar medidas afirmativas tendientes a proteger, dentro de la esfera que determine la entidad atendiendo sus condiciones particulares, a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, tales como mujeres embarazadas, pre pensionados, discapacitados y personas que padecen enfermedades catastróficas.

(...)

Atendiendo de manera estricta lo establecido en la jurisprudencia constitucional tenemos que, se encuentra demostrado en el expediente que la accionante padece distintos quebrantos de salud los cuales son de conocimiento de la entidad accionada, en tal sentido se constituye en un sujeto de especial protección y, por lo tanto, goza de una estabilidad relativa en atención a su debilidad manifiesta por motivos de enfermedad (sentencia T 373 de 2017).

Sin embargo, el alcance de dicha protección es limitado, ya que se ha de priorizar el derecho de la persona que ha superado el concurso para ser nombrado en el cargo respectivo. El fuero en referencia implica la obligación de la entidad pública de desarrollar acciones afirmativas a favor del sujeto en debilidad manifiesta, i) debe mantenerse en el cargo siempre y cuando la lista de elegibles sea inferior a la cantidad de cargos a proveer, ii) En caso que la lista supla todos los cargos debe agotarse la posibilidad de incorporarla a un cargo semejante dentro de la planta de personal y, iii) Como última opción puede dar espera a que existan vacantes futuras en provisionalidad en las cuales el SENA debe nombrar a la accionante en un cargo igual o equivalente al que ocupaba.

CONCLUSIÓN

Atendiendo las consideraciones y el análisis realizado en precedencia, la Procuraduría 182 Judicial I Administrativa de la ciudad de Yopal, de manera respetuosa solicita al Despacho que declare en el caso bajo análisis de la jurisdicción existe una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante por parte del SENA, ya que no existe demostración ni motivación completa del acto administrativo de desvinculación, que permita inferir que se

hayan adoptado medidas afirmativas que cumplan los requerimientos de la jurisprudencia constitucional.

Por lo tanto se debe ordenar al SENA que analice si la lista de elegibles para el cargo desempeñado por la accionante suple la totalidad de empleos de la planta de personal, para que en caso negativo reubique a la señora HOLGUIN, como segunda opción se determine si existen otros cargos de igual o similar categoría en los cuales pueda ubicar a la accionante y, como última opción se desvincule de la entidad con el condicionamiento que, si se llegan a presentar vacantes en el inmediato futuro se nombre en las mismas a la accionante."

El Tercero con Interés en las resultados del proceso, guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diversa índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Competencia:

Este Operador Judicial investido de la función constitucional – para el caso específico - que le otorga la Carta Magna, a través del Despacho Judicial es competente para proceder a proferir sentencia dentro de la acción especialísima de la tutela, de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Constitución Política de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional en los Jueces de la República; igualmente, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1382 de 2000, el decreto 1069 de 2015, así como el decreto 1983 del 30 de noviembre 2017 (por el cual se modifican algunas reglas de reparto de las acciones de tutela) y al factor territorial por el lugar donde presuntamente se pudieren estar poniendo en peligro, amenazando o quizás vulnerando derechos fundamentales.

Procedibilidad de la Acción de Tutela:

La Constitución Política de 1991 que cuenta entre sus grandes aportes la institución de la tutela o amparo a derechos fundamentales, – opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - **que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado en hora buena por el constituyente del 91 para amparar y proteger los derechos fundamentales, cuando estos pudieren ser puestos en peligro, o**

efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por un particular que tenga la obligación de prestar el servicio público y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

Sin embargo, transcurridos más de 28 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de esa figura principalísima, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas multinacionales que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuestos para ello, intentando de esta forma esquivar y dejar de lado los fines altruistas que buscó el constituyente, aunado a la aquiescencia de algunos servidores a favor de grandes empresas y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras, pequeñas minorías, indígenas, comunidad afrodescendiente y en general personas del común. Lo anterior, ha dado pie a posiciones extremas de voces que sin sonrojarse piden acabar y/o modificar tan especial instrumento jurídico, sin valorar los grandes beneficios que le ha prestado al conglomerado social en especial de las clases menos favorecidas que han visto en él una tabla de salvación a situaciones en las cuales se ha visto comprometido hasta el don máspreciado de la vida. Una aspiración de difícil tránsito ante los estamentos gubernamentales de hacienda nacional que han propuesto muchos servidores judiciales ha sido la creación de la jurisdicción constitucional a la que se le establezcan facultades especiales para adelantar y fallar todas las acciones de dicha estirpe y que tuvieran connotaciones especializadas en tal materia, que pudiere afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la descongestión de los Despachos judiciales y consecuentemente una pronta solución de futuros litigios.

Ha reiterado en pronunciamientos anteriores este Despacho que esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: *la subsidiariedad* y *la inmediatez*; el primero por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, el segundo, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponerla en guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

Legitimación por activa:

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, 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.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, indicó que: *"la acción de tutela es un medio de defensa que se encuentra al alcance de todas las personas "nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, (...) independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, los que se encuentran privados de su libertad, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia"*.

En consecuencia, la ciudadana MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN identificada con C.C. N° 29.143.145, quien solicita el amparo constitucional a través de esta figura, se encuentra habilitada para interponer esta clase de medio especial establecido por el constituyente; por cuanto así lo determina el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

Legitimación por pasiva:

EL INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" Regional Casanare, está legitimado como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

Inmediatez:

Con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, razón por la que resulta imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de dichos derechos para que el amparo constitucional sea procedente.

La Corte Constitucional ha reiterado en no pocas oportunidades que, en concordancia con su carácter preferente y sumario, y con la garantía que ofrece de brindar una protección inmediata, la acción de tutela debe interponerse dentro de un término razonable. Si bien el Congreso de la República ni la máxima Corte han fijado un plazo para interponer la acción, tampoco han fijado un término de caducidad de la acción, esta última sí ha sostenido que la inmediatez es un requisito de procedencia de la acción, y que el cumplimiento de dicho requisito debe ser objeto de apreciación por parte del juez en cada caso concreto.

En el caso bajo estudio se establece que la situación particular y concreta puesta en conocimiento por la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN, y por los cuales pide amparo y/o protección constitucional, deviene de una actuación administrativa materializada en la Resolución 85-000066 de **24 de marzo de 2020**, expedida por el SENA Regional Casanare, “*Por la cual se efectúa el nombramiento en período de prueba y se da por terminado un nombramiento provisional*”, la cual le fue notificada el 31 de Marzo de los corrientes; mientras que la solicitud judicial de tutela fue impetrada y/o remitida por correo electrónico a la Oficina de Apoyo Judicial el día **23 Abril de 2020**, por lo cual se establece que para el caso específico la acción interpuesta en mención lo fue en oportunidad razonable y por lo tanto no admite discusión al respecto.

Subsidiariedad:

Ha reiterado este Despacho en pronunciamientos anteriores que esta acción enmarca la particularidad esencial de *la subsidiariedad*, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable

Por lo tanto, es dable recalcar que, aun cuando el trámite de esta acción es preferente y sumario, regido por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, su carácter es eminentemente *residual y subsidiario*, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, que permita solicitar ante los jueces la protección de los derechos, salvo que se pretenda evitar la causación de un *perjuicio irremediable*.

La honorable Corte Constitucional, ha reiterado en no pocas ocasiones que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas o laborales, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o en la jurisdicción ordinaria laboral – según

sea el caso -. En ese escenario, la acción de tutela procedería como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la sentencia pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable.

Acerca de la naturaleza y alcance de la acción de tutela, ha sido reiterativa la Corte Constitucional al afirmar:

"La defensa de los derechos que ofrece la acción de tutela es integral, en el sentido de que dada la oponibilidad erga omnes de los derechos fundamentales, no solo procura su vigencia frente al eventual menoscabo que pueda inferirles el ejercicio arbitrario del poder por parte de las autoridades públicas, sino que extiende la necesidad de su eficacia al ámbito de las relaciones privadas y por ello permite, en circunstancias especiales, reclamar su protección cuando la lesión o amenaza del derecho provenga de los particulares²"

"En el ordenamiento jurídico colombiano el artículo 86 de la Constitución Nacional que consagra la acción de tutela para proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando ellos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, mediante un procedimiento preferente y sumario; igualmente reitera que sólo procede cuando para defender ese derecho, no existe otro mecanismo de defensa judicial y si éste existe se puede ejercer la acción como un mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, el cual define el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991 como aquel que sólo puede ser reparado mediante una indemnización"³.

3.1 El primer presupuesto procesal de la acción de tutela exige que haya sido interpuesta para la defensa de un derecho fundamental...

3.2. El segundo presupuesto procesal de la acción de tutela se refiere a la existencia de legitimación en la causa por activa, es decir, que el derecho fundamental para cuya protección se interpone sea propio del demandante o se halle dentro de las posibilidades de acción por otro normativamente admitidas...

3.3 El tercer presupuesto procesal de la acción de tutela es la legitimación en la causa por pasiva, exigencia que implica que contra quien se interpone la acción sea la autoridad o el particular que vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental...

3.4 En torno a la inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela..., se debe acudir al mecanismo tutelar en lapsos breves, claramente razonables...

3.5. El quinto presupuesto procesal que debe verificar la Sala para determinar la procedencia de la acción de tutela, es la inexistencia de otro medio idóneo de defensa judicial, "esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo

² Corte Constitucional. Sentencia T- 222 de mil novecientos noventa y dos (1992). M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

³ Corte Constitucional. Sentencia T- 496 de agosto primero (1º) de mil novecientos noventa y dos (1992). M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

*que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...*⁴.

Establecido lo anterior, se tiene que la presunta amenaza, puesta en peligro o vulneración de los derechos fundamentales *Salud, la Vida, al Trabajo, la Seguridad Social y el Mínimo Vital* – invocados por la accionante – se encuentra sustentado en el hecho de que a su juicio la medida de dar por terminado el vínculo laboral provisional que tenía la demandante con el “SENA”, constituye una decisión arbitraria e irregular, que no se acompasa con las condiciones particulares y especiales de la hoy demandante que exigían de la entidad otras actuaciones o gestiones para garantizar no solamente la continuidad laboral, sino el acceso al sistema de seguridad social para proteger su salud e inclusive su vida, independientemente que dicha decisión hubiere sido resultado del agotamiento de un concurso de méritos; en consecuencia de lo anterior, se advierte que la discusión de los motivos y su ponderación fáctica o **probatoria** queda reservada al Juez natural (Juez Contencioso Administrativo pero dentro del desarrollo del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho) en virtud del principio de subsidiariedad; lo cual tornaría en principio en improcedente la presente acción de tutela, tal como lo prevé el numeral 1º del artículo 6º del decreto 2591 de 1991. Por lo tanto, si lo que pretendía la accionante era cuestionar dicho acto por la aplicación de la ley para su caso específico y los factores probatorios que allí incidieron en la decisión definitiva mencionada, tales aspectos escapan a la órbita 11constitucional.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que aun cuando la acción de tutela respecto de actos administrativos privativos de las accionadas, mediante los cuales se modificó la situación particular y concreta de un servidor público, por regla general, son improcedentes, ello no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un *perjuicio irremediable*, el juez pueda conceder la protección en forma transitoria mientras se define por el Juez competente la situación laboral; en este sentido, este Operador Judicial, estima que se reúnen las condiciones fácticas para enmarcar el presente caso como *excepcional* y poder así entrar analizar de fondo la situación planteada, adoptando la medida provisional que considere al respecto, acorde con las siguientes acotaciones, en primer lugar y de conformidad con el acervo probatorio se pudo constatar que la ciudadana que fue objeto de la terminación de la relación laboral (en provisionalidad) padece una enfermedad de alto costo o huérfana, además de que es una persona con edad de prepensionada y para finalizar en atención a la contingencia del COVID-19, no solo se encuentra limitada para movilizarse, sino para poder rehacer su actividad laboral, situación que

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 241 de marzo seis (6) de dos mil ocho (2008). M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Nilsón Pinilla Pinilla.

definitivamente la ubica en una situación de vulnerabilidad y desprotección que ameritaría la intervención del Juez Constitucional de ser procedente.

DERECHOS INVOCADOS, NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE:

Los derechos presuntamente quebrantados están constitucionalmente protegidos; fueron expresamente calificados en la Constitución como fundamentales, así: **a la salud en conexidad con la vida**; de igual forma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la misma naturaleza y protección a **la dignidad personal**, en conexión con el derecho a la vida (Art. 11 CP), cuyo reconocimiento como derecho inherente a la persona es del derecho interno y se encuentra protegido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la perspectiva formal, el trámite de la acción es procedente a pesar de la perentoriedad en cuanto a términos para resolver; se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos enunciados y resaltados, de raigambre constitucional fundamental, han sido conculcados o están siendo amenazados por las actuaciones o mejor posibles omisiones del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE “SENA” – REGIONAL CASANARE, en lo relacionado a que con la determinación de desvincular laboralmente a la accionante bajo las condiciones particulares que ostentaba, quedó completamente desamparada para poder vivir dignamente y poder sortear todos los gastos que le exige la enfermedad que padece.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado:

“...Uno de los fines inmediatos de éste es el de vivir en condiciones saludables. A la vez, y bajo otro aspecto, la salud es un medio necesario para una vida digna, pues al hombre no sólo se le debe respetar su existencia biológica, sino que ésta sea de acuerdo a su dignidad de persona, es decir, como un ser que merece vivir bien. Es pues, así como el derecho a la salud es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte, derecho que implica conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales, y poner todos los medios ordinarios al alcance para la prevención de las enfermedades, así como para la recuperación.” (Sentencia T 013 1995 Ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

Esa misma Corporación en Sentencia SU- 819 de 1999 expuso:

“La Seguridad Social en Salud fue concebida en la Ley 100 de 1993 como un sistema destinado a regular el servicio público esencial de salud y a crear condiciones de acceso en todos los niveles de atención, que permitieran garantizar a todas las personas sus derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social, bajo el imperio del Estado social de derecho y con fundamento en los principios de la dignidad humana, de la solidaridad y de la prevalencia

del interés general. Para ello, el Estado debería crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de todos a la atención básica en salud, ampliando progresivamente la cobertura de la seguridad social en salud y garantizando la protección y la recuperación de la salud a los habitantes del país. **Obligación ésta que en los términos de los artículos constitucionales 48 y 49 no sólo corresponde al Estado** en la medida en que el beneficiario del servicio no cuente con los recursos necesarios para sufragarlos, **sino igualmente a toda persona en la medida en que debe procurar el cuidado integral de su salud**".

Y más recientemente la Corte Constitucional⁵ ha esbozado:

"3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la salud y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, la salud tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y un servicio público. En este orden, todas las personas tienen la posibilidad de acceder al servicio de salud en las modalidades de promoción, protección y recuperación, correspondiéndole al Estado la organización, dirección, reglamentación y garantía de su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

De la misma forma, en los artículos 365 y 366 de la Carta Política, se dispone que los servicios públicos en general son inherentes a la función social del Estado, de conformidad con lo indicado en el artículo 2º ibidem, y que es deber del Estado asegurar su prestación a "todos los habitantes del territorio nacional" de acuerdo con la ley, "reiterando en este sentido la universalidad y con ello también la fundamentabilidad del servicio público asociado en este caso a la salud"

La protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano al derecho a la salud se complementa y fortalece con lo dispuesto sobre el mismo en el ámbito internacional, como por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo primero afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

En este mismo sentido, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo primero precisa que los Estados partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". En el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". Por su parte, la Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fundamento en la cual el Comité fijó el sentido y los alcances de los derechos y obligaciones originados en el Pacto, recordó que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para

⁵ Sentencia T-345/11 del 5 de mayo de 2011, referencia: expedientes T-2.917.429 y T-2.935.581 (acumulados). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”⁷.

Conforme a la ilustración *in extenso* que nos aporta la máxima guardiana de la Carta Magna, los derechos invocados gozan de protección especial conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, además debe señalarse que la seguridad social goza de una doble connotación jurídica; por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo a los servicios de salud. En armonía con lo anterior, el artículo 49 superior establece que la salud hace parte de la Seguridad Social y como tal, se constituye en un servicio público y en un derecho en cabeza de todas las personas.

También en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional⁶ ha precisado que el derecho a la salud constituye por sí sólo un derecho fundamental autónomo e independiente (antes la jurisprudencia lo referenciaba como en conexidad con el de la vida, lo que se califica hoy de artificioso), el cual debe ser garantizado de forma directa por el Estado Social de Derecho que rige nuestro sistema normativo, acorde con las siguientes consideraciones:

“3. El derecho a la salud como derecho fundamental

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. (...)

(...)

3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma,

⁶ Sentencia T-760 del 31 de Julio de 2008; M.P.: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.⁷ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁸ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁹

(...)

3.2.1.4. Siguiendo esta línea jurisprudencial, entre otras consideraciones, la Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual,¹⁰ extendiendo así el alcance

⁷ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias –, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.–. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁸ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) *tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)*”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino); en este caso la Corte consideró que “(...) *la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad*

de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales.¹¹ En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer "(...) que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura."¹² Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la 'dignidad humana', "(...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición."¹³

3.2.1.5. El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. En cuanto a la Observación General N° 14, referida específicamente al derecho a la salud, se hará referencia posteriormente a ella en el presente capítulo de esta sentencia (ver apartado 3.4.2.). (...)

3.2.4. En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo. Esto ha sido denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental.¹⁴ La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona

humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional."

¹¹ En la sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Jaime Araujo Rentería; AV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, 'en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales'.

¹² En la sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino). En este caso se reiteró que "... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.", tal como lo había considerado la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁴ Desde su inicio la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad "con un principio o con un derecho fundamental". Sentencia T-406 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón) Esta posición jurisprudencial, acogida rápidamente por otras Sala de Revisión de la Corte Constitucional (v.gr., sentencia T-571 de 1992; MP Jaime Sanín Greiffenstein), ha sido sostenida de manera continua e ininterrumpida hasta el momento.

y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.¹⁵

Sin embargo, también desde su inicio, la jurisprudencia constitucional consideró que la salud no solamente tiene el carácter de fundamental en los casos en los que "se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida", "sino también en aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales".¹⁶ Siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, la Corte ha resaltado que el derecho a la salud también se encuentra respaldado en el 'principio de igualdad en una sociedad'.¹⁷ Es decir, el grado de salud que puede ser reclamado por toda persona de forma inmediata al Estado, es la protección de 'un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.'¹⁸

3.2.5. La jurisprudencia constitucional reconoció a través de la figura de la 'conexidad', casos en que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos son manifiestas, a tal punto, que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado como esencial (como la vida).

Pero la utilidad práctica de tal argumentación, ha sido cuestionada por la propia jurisprudencia. De hecho, recientemente la Corte consideró 'artificial' tener que recurrir a la 'estrategia de la conexidad' para poder proteger el derecho constitucional invocado. Dijo al respecto,

"Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional¹⁹ y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-328 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); en este caso la Corte señaló: "En ciertos eventos - éste es uno de ellos - la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)."

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁹ En relación con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada que existen personas a quienes la Constitución misma dota de un amparo específico bien sea por razón de su edad – niños, niñas – o por causa de encontrarse en especiales circunstancias de indefensión – personas con enfermedades catastróficas, reclusos, mujeres embarazadas o personas colocadas en situaciones de debilidad económica, física o psíquica manifiesta. Frente a estas personas, el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud es reforzado

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aún tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.”²⁰

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’.²¹ Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”²² La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad.²³

Sin embargo, esta variante jurisprudencial deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud. (...)”

debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben afrontar. Ver sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T-859 de 2003 y T-666 de 2004.

²⁰ Con relación a este desarrollo jurisprudencial ver, entre otras, la sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) en la cual se estudió el caso de una menor que padecía una *lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda* y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: “() en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suentario ni cosmético”

²¹ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

²² En la sentencia T-736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder al servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento, y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

²³ La Corte Constitucional, siguiendo el artículo 46 de la Constitución, ha considerado el derecho a la salud de las personas de tercera edad es un derecho fundamental, entre otros casos, en las sentencias T-527 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-935 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-441 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-073 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

Por otro lado, y en lo que concierne a la “*DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS*”, el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió el Concepto Marco No. 09 del 29 de Agosto de 2018²⁴, donde preciso los siguientes conceptos:

“3. 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.”²⁵

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, “concurre 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”²⁶.

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 afirmativa²⁷, 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.

²⁴ Ver - https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=88299

²⁵ Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

²⁶ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁷ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

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)²⁸. (Subraya y Negrilla del Juzgado)

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 2011²⁹, 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 Corporación ³⁰, 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 desvinculación³¹.

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

²⁸ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²⁹ MP 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, 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".

³⁰ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

³¹ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

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, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

"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 ocupando" (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (Subraya del Juzgado)

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".³²

³² Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: "TERCERO.- ORDÉNASE a la Fiscalía General de la Nación VINCULAR en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010"

(...)

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación³³, 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 desvinculación³⁴. 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.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"³⁵

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

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 ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13,

³³ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

³⁵ Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados. (...)

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: "(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos." (Negrita y subrayado fuera de texto)

En relación con las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad y el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas, el Decreto 1083 de 2015³⁶ consagra:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2 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:

(...)

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 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."*

De acuerdo con el Parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, si en un concurso de méritos se convocan cinco (5) cargos y en la lista de elegibles quedan tres (3) personas, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia y tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Es importante tener en cuenta que el parágrafo 2 se aplica únicamente cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté

³⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer.

En ningún caso está señalando que el orden de protección se aplique cuando la lista de elegibles, resultante del concurso esté conformada por un número mayor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer. Por tanto, los empleos vacantes deben proveerse con la lista de elegibles en estricto orden de mérito.
(...)

Conclusiones

(...)

3. 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.

4. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

6. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.³⁷

7. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

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

- Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”*

³⁷ Sentencia T-462 de 2011. (MP: Juan Carlos Henao Pérez).

En este mismo sentido, se advierte que mediante Decreto N° 1083 del 26 de Mayo de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”*, se estableció expresamente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2 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 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.”

Se advierte que dicha disposición fue modificada recientemente a través del Decreto Presidencial N° 498 del 30 de Marzo de 2020, adicionando los parágrafos 3° y 4°, que son del siguiente tenor:

"Parágrafo 3. Cuando la lista de elegibles conformada por un número igual o superior al número empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo. (Subraya y Negrilla del Juzgado)

Parágrafo 4. La administración de ofertar los empleos a la Comisión Nacional Servicio Civil, deberá identificar los empleos están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019"

En cuanto al tema del amparo constitucional del "prepensionado", la H. Corte Constitucional en sentencia SU003/18, ha sostenido:

5. Análisis del segundo problema jurídico sustancial, relativo al alcance de la figura de "prepensionable"

58. La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte³⁸, la figura de la "prepensión" es diferente a la del denominado "retén social", figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas³⁹. La "prepensión", según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

³⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

³⁹ Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República".

"[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"⁴⁰.

61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

62. La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de "prepensión", en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁴¹.

64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

⁴¹ Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de "prepensión" como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: "¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?". Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: "De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela". Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala: "Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado".

que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. Finalmente, respecto de las enfermedades denominadas “Catastróficas” o de “Alto Costo”, la H. Corte Constitucional en sentencia T-402/18, sostuvo al respecto:

“4. El derecho a la salud para personas con enfermedades huérfanas

4.1. El artículo 2 de la Ley 1392 de 2010,⁴² modificado por el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011,⁴³ define las enfermedades huérfanas, como aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, las cuales se catalogan como enfermedades raras, ultra huérfanas y olvidadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha precisado que las denominadas enfermedades raras son aquellas que afectan a un número pequeño de personas en comparación con la población general y que, por su rareza, plantean cuestiones específicas. Estas enfermedades se caracterizan por ser potencialmente mortales o debilitantes a largo plazo, de baja prevalencia y alto nivel de complejidad. La mayoría de ellas son enfermedades genéticas, otras son cánceres poco frecuentes, enfermedades autoinmunitarias, malformaciones congénitas o enfermedades tóxicas e infecciosas, entre otras categorías. Particularmente, las enfermedades ultra huérfanas son aquellas extremadamente raras, con una prevalencia estimada entre 0.1-9 por cada 100.000 personas. Por su parte, las enfermedades olvidadas o desatendidas son un conjunto de patologías infecciosas, muchas de ellas parasitarias, que afectan principalmente a las poblaciones en condición de extrema vulnerabilidad y con limitado acceso a los servicios de salud⁴⁴.

4.2. El reconocimiento de las enfermedades huérfanas es un asunto de interés nacional. Según el artículo 3 de la Ley 1392 de 2010, el Gobierno Nacional tiene el deber de reconocerlas para garantizar el acceso a los servicios de salud y tratamiento y rehabilitación a las personas que se diagnostiquen con aquellas enfermedades, a fin de beneficiar efectivamente a esta población con los diferentes planes, programas y estrategias de intervención en salud, llevadas a cabo por el Ministerio de la Protección Social.⁴⁵ En consecuencia, con el fin de mantener unificada la lista de denominación de las enfermedades huérfanas, el referido Ministerio debe emitir y actualizar esta lista cada dos años a través de acuerdos con la Comisión de Regulación en Salud (CRES) o el organismo competente.⁴⁶

En este orden de ideas, el Ministerio de Salud y Protección Social ha reconocido que en el mundo se han identificado entre 6.000 y 7.000 enfermedades huérfanas. Particularmente, en Colombia se tienen identificadas alrededor de 2.149 que se encuentran incluidas en la Resolución 2048 de 2015. No obstante, es relevante mencionar que dicho listado no es taxativo. En efecto, el Ministerio ha precisado que “[e]l listado de enfermedades huérfanas es dinámico, ya que cualquiera de las patologías descritas en la literatura puede

⁴² “Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores.”

⁴³ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

⁴⁴ Ministerio de Salud y Protección Social, Enfermedades Huérfanas, información disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/enfermedades-huerfanos.aspx>

⁴⁵ Ley 1392 de 2010, artículo 3.

⁴⁶ Ley 1392 de 2010, artículo 2, parágrafo.

*presentarse en la población colombiana, por lo tanto este listado será actualizado cada dos (2) años con base en los criterios que las definen [crónicamente debilitante, grave y con prevalencia de 1/5.000 personas]”.*⁴⁷

*4.3. La Entidad también encontró que, dentro de los problemas que experimentan las personas que padecen de este tipo de enfermedades se encuentran: la dificultad de obtener un diagnóstico exacto, opciones de tratamiento limitadas, poca investigación sobre su enfermedad, tratamientos de alto costo, y en general, falta de información e incertidumbre asociada a su estado de salud y tratamiento médico*⁴⁸. *Lo anterior justifica que estos pacientes sean reconocidos, conforme al artículo 11 de la Ley 1751, como sujetos de especial protección constitucional en el Sistema de Salud, de modo que “su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”.*⁴⁹

*4.4. Por último, es relevante mencionar que con la finalidad de disminuir la falta de información sobre enfermedades huérfanas, el Ministerio reconoce como herramienta académica la base de datos de información de enfermedades huérfanas, Orphanet*⁵⁰, *una herramienta educativa construida en colaboración de las sociedades científicas y las asociaciones de pacientes, para brindar información de referencia sobre enfermedades raras.*

Igualmente, se advierte que en lo que concierne al caso particular de la enfermedad denominada “**ARTRITIS REUMATOIDEA**” (que padece la accionante), se consultó la información oficial de la Cuenta de Alto Costo – Fondo Colombiano de Enfermedades de Alto Costo⁵¹, donde se define dicha patología, en los siguientes términos generales:

“La Artritis Reumatoide (AR) es una enfermedad inflamatoria sistémica autoinmune, se caracteriza por una inflamación persistente de las articulaciones, afecta principalmente a las articulaciones pequeñas de manos y pies, produciendo su destrucción progresiva y generando distintos grados de deformidad e incapacidad funcional. Este trastorno es de etiología desconocida, pero el factor autoinmune predomina en la progresión de la enfermedad.

⁴⁷ Ministerio de Salud y Protección Social, Enfermedades Huérfanas, información disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/enfermedades-huerfanas.aspx>

⁴⁸ Ministerio de Salud y Protección Social, Enfermedades Huérfanas, información disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PENT/Paginas/enfermedades-huerfanas.aspx>

⁴⁹ Ley 1751 de 2015, “Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)”

⁵⁰ Orphanet, el Portal De Información De Enfermedades Raras Y Medicamentos Huérfanos, fue creado en Francia en 1997 con la misión de reunir información sobre enfermedades raras con el fin de mejorar el diagnóstico, la atención y el tratamiento de los pacientes con dichas enfermedades. Durante los últimos 20 años, se ha convertido en la fuente de información de referencia sobre enfermedades raras, incluso para el Ministerio de Salud y la Protección Social, constituyendo un consorcio de 40 países en todo el mundo. Información disponible en: https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/Education_AboutOrphanet.php?lng=ES

⁵¹ <https://cuentadealtocosto.org/site/artritis-reumatoide/>

En Colombia a partir de la Resolución 1393 de 2015 se establece la obligatoriedad de reporte para todas las EAPB del sistema quienes desde el 30 de septiembre del 2015 iniciaron el reporte anual del registro de información de esta patología de alto costo.” (Subraya del Juzgado)

Planteamiento y análisis del caso concreto:

Auscultado el libelo demandatorio en concordancia con el acervo probatorio allegado al encuadernamiento, se advierte en primer lugar que la inconformidad de la parte actora no radica específicamente en la decisión de que se hubiera retirado a la accionante producto del nombramiento de quien encabeza la lista de elegibles del concurso de méritos, es más no existe reparo alguno sobre la etapas surtidas o respecto del derecho de quien fue elegido, el reproche endilgado al “SENA” se fundamenta en el hecho de que no se brindaron las garantías constitucionales a la señora MARIA AMELIA HOLGUIN GUARIN, para ser reubicada en otro cargo igual o de similares características atendiendo la condición que ostentaba de ser una mujer de edad madura (57 años cumplidos), con padecimiento de una enfermedad catastrófica y prepensionada, omisión que sin lugar a duda conllevaría una vulneración a sus derechos fundamentales al **Trabajo, la Seguridad Social, la Salud y la Vida en condiciones dignas**; en este sentido, procederá el Despacho a analizar hasta que punto la entidad demandada dentro de su ámbito de competencias y/o funciones le asistía la obligación de garantizar dicho amparo laboral e igualmente si la parte actora acreditó en debida forma estar en curso en alguno de los casos excepcionales establecidos por la Ley y la Jurisprudencia para ser beneficiaria de dichas prerrogativas, de lo cual tenemos lo siguiente:

a) Según el recuento normativo y jurisprudencial que regula esta clase de situaciones, tenemos que efectivamente quienes ostentan un cargo de provisional se encuentran bajo el amparo de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el respectivo acto administrativo que adopte dicha decisión.

b) Como consecuencia de lo anterior, 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.

No obstante lo anotado, se precisa que a pesar de que la administración se encuentre facultada para retirar del servicio al personal en provisionalidad en las condiciones ya referidas, también existen disposiciones legales, constitucionales y jurisprudenciales que exigen que al momento de realizar dichas desvinculaciones se debe impartir un trato preferencial a los sujetos de especial protección constitucional, como son las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse, las personas en situación de discapacidad o de debilidad manifiesta, entre otros, ante quienes se deben procurar medidas de acción afirmativas para no lesionar los derechos de ese grupo de personas.

c) Decantadas las competencias legales y constitucionales que le asisten a las entidades estatales, se procederá a establecer si dentro del expediente constitucional se acreditó en debida forma que la hoy accionante señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN está incurso en alguna de las situaciones especiales desarrolladas a lo largo de esta providencia, de lo cual tenemos lo siguiente:

- ✓ Se allegó copia de la cédula de ciudadanía de la actora donde se evidencia que actualmente tiene 57 años de edad.
- ✓ Se adujo en el libelo demandatorio que la actora ostentaba la condición de “*prepensionada*”; sin embargo, dicha manifestación se encuentra huérfana de prueba, ya que no allegó constancia o certificación donde conste el tiempo de servicio o las semanas efectivamente cotizadas, es más a título enunciativo la entidad demandada adujo que la señora Holguín Guarín solamente había cotizado 454 a favor del respectivo fondo de pensiones (afirmación que tampoco fue probada), situación particular que le impide ser acreedora en definitiva a la aludida condición de prepensionada, ya que tal y como se expuso en considerandos que nos anteceden, jurisprudencialmente se determinó que serán beneficiarios “(...) *aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.*”
- ✓ Se allegó al expediente copia de la Historia Clínica de la paciente y en especial resaltamos la emitida por la EPS COMPENSAR, donde consta de forma clara y concreta el siguiente concepto médico “*MUJER CON CUADRO DE OSTEOARTROSIS DEGENERATIVA Y ARTRITIS REMATOIDEA CRONICA CON EVOLUCIÓN DESFAVORABLE CON TENDENCIA A EXACERBACIÓN DE LOS SINTOMAS*”; igualmente, se advierte que la demandante mediante oficio con fecha de radicado 21 de septiembre de 2018, puso en conocimiento del “SENA” la condición

que padecía (novedad que ya se encontraba registrada en el Historial de Salud Ocupacional que llevaba el propio “SENA” Regional Casanare, por lo cual no era ninguna sorpresa), con el fin de que tuvieran en cuenta dicha situación al momento de proveer los cargos derivados del concurso de méritos; finalmente, la misma entidad demandada dentro de su contestación de la demanda reconoce que:

“(...) la mencionada funcionaria ostenta el orden de protección por enfermedad catastrófica, ínsito en el artículo 2.2.5.3.2. parágrafo 2 del Decreto 498 de 2020 que modificó el Decreto 1083 de 2015.

En la actualidad la mencionada funcionaria padece de osteoartrosis de columna lumbar degenerativa y artritis reumatoidea crónica con irradiación en miembros inferiores, que se sustenta en copia de la historia clínica 3775305 expedida por la EPS COMPENSAR SALUD, la cual se adjunta.

d) Ahora bien, retornando a la decisión que dio por terminada la relación laboral provisional de la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN, se resalta que dentro de la parte motiva de dicha decisión se plasmó expresamente que el empleo a proveer fue reportado con dos vacantes una de las cuales ya había sido provista por quien ocupó el primer lugar del concurso de méritos y por ende se procedería a llenar la segunda vacante por quien siguiera en lista, en este caso el señor Eduardo Martínez Castro; acorde con lo anterior, se concluye que no existía otro cargo con la misma denominación y grado ya que las dos vacantes existentes fueron debidamente provista con los conformante de la lista de elegibles del concurso de méritos; sin embargo, no se contempló, ni se enuncio, ni se ejecutó eventuales alternativas o medidas afirmatorias (no existe prueba al respecto) para no afectar los derechos fundamentales de aquellas personas que se encontraban bajo condiciones especiales de protección constitucional, como es el caso de la señora Holguín Guarín quien es una mujer en edad madura y quien padece una enfermedad catastrófica, pero si eso no es suficiente la entidad demandada, adopta dicha medida en plena época de contingencia del implacable COVID-19, colocando en riesgo no solo la parte económica de la trabajadora, sino su salud e inclusive la vida, por afectación de su mínimo vital, al dejarla totalmente desprotegida de su ingreso mensual con el cual subsiste y costea los tratamientos y medicamentos de su penosa enfermedad.

e) Para concluir se advierte que la entidad demandada dentro de su contestación de la demanda, pone en conocimiento del Despacho que en la actualidad se viene analizando la posibilidad de ejecutar otras acciones afirmativas y en lo posible considerar la reubicación de la demandante en una vacante en la Regional Casanare, con las mismas condiciones del cargo que desempeñaba, pero no brinda mayores detalles del estado de dicha gestión, lo que de suyo podría catalogarse como una mera expectativa.

Conclusión final:

Como se puede constatar en el presente caso conforme al recuento esbozado y de acuerdo a la documentación allegada por la entidad accionada, se infiere que

se ha cumplido parcialmente con las obligaciones y deberes legales que les asisten al “SENA” de proveer sus cargos de planta a través del sistema de concurso de méritos para poder entrar en carrera administrativa, procediendo consecuentemente a desvincular a quienes se encontraban desempeñando tales cargos en provisionalidad; sin embargo, se advierte que por otro lado la entidad demandada desatendió los lineamientos jurisprudenciales y legales respecto de las medidas de protección a tener en cuenta al momento de realizar la desvinculación de quienes ejercían cargos provisionales, ya que no fijó ni aplicó los criterios para proteger a quienes por sus especiales condiciones (madre o padre cabeza de hogar, prepensionados, diagnosticados con enfermedades catastróficas o en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, entre otros) deberían ser los últimos en desvincularse de la entidad por razón del concurso público; en este sentido, se precisa que se debieron haber realizado dichas medidas afirmatorias de forma concomitante con el retiro o de forma previa al mismo, para no afectar o poner en riesgo al trabajador; sin embargo, el nominador en el caso concreto de la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN de forma indiferente e indolente prefirió dar por terminado su vínculo laboral de forma tajante, dejándola completamente desamparada, para que posteriormente y con ocasión a la presente acción de tutela esgrima en su contestación que actualmente se vienen realizando acciones afirmatorias en su favor para garantizar sus derechos y por lo cual solicita de declare que la tutela carece de piso jurídico, manifestaciones que causan estupor en este Operador Judicial de ver la forma como al parecer se toma a la ligera los derechos fundamentales a la salud y la vida de una persona; en consecuencia de lo anterior, dicha situación, conlleva indudablemente a que se presente una vulneración a las condiciones mínimas y dignas que se le debe garantizar a esta clase de población vulnerable.

De lo hasta aquí expuesto, el Juzgado concluye que se encuentra evidencia de la vulneración de los derechos fundamentales al **Trabajo, la Seguridad Social, la Salud e inclusive la vida en condiciones dignas**, debido a la mencionada omisión de la parte actora de no proporcionar las garantías constitucionales a quien se encontraba desempeñando un cargo en provisionalidad pero que ostentaba a su vez una protección constitucional reforzada que la hacía acreedora a medidas alternativas que propendieran por su continuidad laboral, por lo cual se accederá a las pretensiones de la demanda, tutelando los derechos fundamentales incoados.

En consecuencia de lo anterior, se ordena al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE “SENA” – REGIONAL CASANARE**, para que en el término perentorio de cuarenta y ocho horas (48) horas, realice todas las actuaciones y/o gestiones necesarias para que proceda a reubicar y/o nombrar a la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN en un cargo igual o de similares características del que fue desvinculada, bien sea en un empleo de carrera (de forma provisional) o temporal que se encuentre vacante en dicha Institución. Se advierte que esta nueva vinculación no conlleva efectos de solución de continuidad ya que no se trata de un reintegro sino de una medida excepcional como garantía constitucional.

En el evento de que no sea procedente y/o posible lo enunciado en precedencia a corto plazo, se procederá a vincular a la aludida ciudadana mediante alguna

vinculación contractual, equiparable a la que desempeñaba antes de ser retirada del servicio, mientras que a futuro se presente una vacante respecto de un cargo que se ajuste al perfil de la demandante.

Se advierte que, en todos los eventos ya mencionados, la vinculación laboral debe garantizarse hasta tanto se consolide el derecho pensional de la accionante, bien sea por vejez o invalidez, lo primero que se cause.

Vencido el término concedido, la entidad concernida deberá acreditar ante este Estrado Judicial el cumplimiento de las obligaciones, so pena de la imposición de las sanciones a que haya lugar.

No proceden costas conforme al medio constitucional examinado.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política de Colombia,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al *Trabajo, la Seguridad Social, la Salud e inclusive la vida en condiciones dignas*, quebrantados a la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN por parte del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE “SENA” – REGIONAL CASANARE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Consecuencia de lo anterior, se adoptan las siguientes decisiones:

Se **ORDENA** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE “SENA” – REGIONAL CASANARE, para que en el término perentorio de cuarenta y ocho horas (48) horas, realice todas las actuaciones y/o gestiones necesarias para que proceda a reubicar y/o nombrar a la señora MARÍA AMELIA HOLGUÍN GUARÍN en un cargo igual o de similares características del que fue desvinculada, bien sea en un empleo de carrera (de forma provisional) o temporal que se encuentre vacante en dicha Institución. Se advierte que esta nueva vinculación no conlleva efectos de solución de continuidad ya que no se trata de un reintegro sino de una medida excepcional como garantía constitucional.

En el evento de que no sea procedente y/o posible lo enunciado en precedencia a corto plazo, se procederá a vincular a la aludida ciudadana mediante alguna vinculación contractual, equiparable a la que desempeñaba antes de ser retirada del servicio, mientras que a futuro se presente una vacante respecto de un cargo que se ajuste al perfil de la demandante.

Se advierte que, en todos los eventos ya mencionados, la vinculación laboral debe garantizarse hasta tanto se consolide el derecho pensional de la accionante, bien sea por vejez o invalidez, lo primero que se cause.

Vencido el término concedido, la entidad concernida deberá acreditar ante este Estrado Judicial el cumplimiento de las obligaciones, so pena de la imposición de las sanciones a que haya lugar.

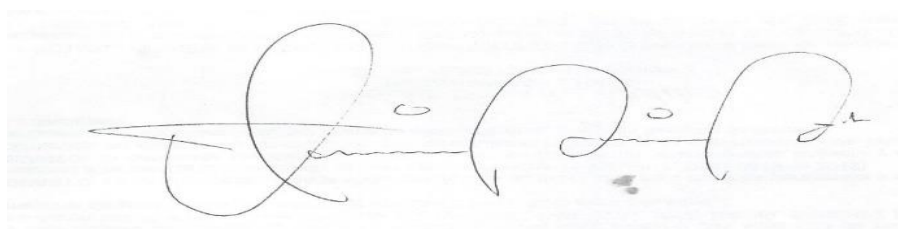
TERCERO: Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia al señor Director Regional Casanare del “SENA” o quien haga sus veces; igualmente, notifíquese a la accionante y al señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Estrado Judicial.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: Si esta providencia no fuere impugnada, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (conforme a disposiciones del Consejo Superior de la Judicatura, en el párrafo del artículo 2º del acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, solo será remitidos expedientes de tutela a esa Corporación, hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual, conforme a las medidas dispuestas por los efectos del Covid 19).

Se termina y firma siendo las 5:00 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LUBIER ANÍBAL ACOSTA GONZÁLEZ', written over a light blue horizontal line.

LUBIER ANÍBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez