

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA  
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA  
SALA ÚNICA**

**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ**  
**Magistrada ponente**

**Aprobado mediante Acta de Sala No. 0129**

<b>Proceso:</b>	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
<b>Radicación:</b>	81736318400120230002600
<b>Accionante:</b>	José Alexander Rincón Silva
<b>Apoderado Judicial:</b>	Fredy Forero Requiniva.
<b>Accionados y vinculados:</b>	Municipio de Tame y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.
<b>Derechos invocados:</b>	Derecho al debido proceso administrativo, seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, igualdad material y procesal, reten social, estabilidad laboral reforzada, estabilidad ocupacional reforzada, debilidad manifiesta, mínimo vital, seguridad social, trabajo en condiciones dignas y estable, entre otros.
<b>Asunto:</b>	Sentencia

Sent.035

Arauca (A), tres ( 3 ) de mazo de dos mil veintitrés (2023)

**1. Asunto a tratar**

Decidir la impugnación presentada por el apoderado judicial<sup>1</sup> del señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERA (A).

**2. Antecedentes**

**2.1. Del escrito de tutela<sup>2</sup>.** El señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA, quien desempeñó provisionalmente el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 02 del Municipio de Tame – Arauca, durante el período comprendido entre el 26 de junio de 2019 al 09 de diciembre de 2022; a través de apoderado judicial demanda en acción de tutela al MUNICIPIO DE TAME (ARAUCA), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad reforzada, a la seguridad social, al mínimo vital, entre otros; porque la entidad lo retiró del

<sup>1</sup> Dr. Fredy Forero Requiniva.

<sup>2</sup> Presentada el 10 de enero de 2023.

servicio para efectuar el nombramiento de la persona que superó el concurso No. 848 de 2018, sin tener en cuenta su condición de debilidad manifiesta y el porcentaje de 33.95% de pérdida de capacidad laboral que presenta debido a un accidente tránsito que sufrió el 15 de febrero de 2015; razón por la cual, solicita que se ordene al Municipio de Tame – Arauca que, efectúe el reintegro permanente a un cargo de igual o mayor categoría a aquel que venía ocupando en provisionalidad hasta que logre superar el concurso público de mérito.

*Adjunta:*

- *Decreto No. 049 del 26 de junio de 2019, expedido por la Alcaldía Municipal de Tame “por medio del cual se hace un nombramiento Provisional Vacante Definitiva”.*
- *Acta de Posesión No. 015 del 26 de junio de 2019, por la Alcaldía Municipal de Tame.*
- *Resolución No 070 del 30 de enero de 2020, expedida por la Alcaldía Municipal de Tame “por medio de la cual se reubica en un cargo de la administración municipal”.*
- *Decreto No. 132 del 09 de diciembre de 2022, expedido por la Alcaldía Municipal de Tame “por medio del cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba por el término de (6) meses a la señora MAGDA LISENIA MARIN ACOSTA y se termina nombramiento en provisionalidad del señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA”.*
- *Solicitudes dirigidas por el accionante ante la Alcaldía Municipal de Tame y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.*
- *Respuestas a solicitudes elevadas por el accionante, emitidas por la Alcaldía Municipal de Tame y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.*
- *Notificación Decreto No. 132 del 09 de diciembre de 2022.*
- *Documentos que acreditan la discapacidad física del accionante.*

## **2.2. Trámite procesal**

El Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena (A), admite la acción de tutela<sup>3</sup>, vincula a la Fundación Sikuaso IPS y, concede el término de dos (2) días para que accionadas y vinculadas ejerzan su derecho de defensa y contradicción de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

## **2.3. Respuestas de las accionadas y vinculadas**

**LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC<sup>4</sup>.** El Asesor Jurídico de la CNSC solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva e informó que una vez finalizadas todas las etapas

<sup>3</sup> Auto Admisorio del 10 de enero de 2023.

<sup>4</sup> Respondió el 12 de enero de 2023

previstas dentro del proceso de selección No. 848 de 2018 “Municipio Priorizados Para Post Conflicto (Municipios De 5ª Y 6ª Categoría)”, la CNSC a través de la Resolución No. 15923 del 10 de octubre de 2022, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante (s) definitiva(s) del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 111210 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta personal de la Alcaldía de Tame – Arauca, a la señora MAGDA LISENIA MARIN ACOSTA, quien ocupó la posición No. 1 y obtuvo un puntaje de desempeño de 78.83, lista que fue publicada en el Banco Nacional de Listas Elegibles el 14 de octubre de 2022 y cobró firmeza para la primera posición el 25 de octubre de 2022.

La entidad argumentó que, las listas elegibles generan derechos subjetivos que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, por lo que cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de los aspirantes que anteceden por haber obtenido un mejor desempeño. Igualmente, establece que la provisionalidad es un mecanismo de provisión transitoria de los empleos, por lo tanto, cuando un servidor público ostenta el cargo en dicha modalidad el empleo se encuentra en vacancia definitiva y, por ende, debe ser ofertado en el marco de un proceso de selección, toda vez que no existe una norma legal o reglamentaria que los excluya del concurso, en el cual prevalece el mérito ante situaciones de discapacidad.

En tal sentido, precisó que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia y, por lo tanto, están sujetos a una posible desvinculación producto de un concurso de méritos, en el que una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado; en concordancia con lo anterior, trae a colación el precepto constitucional establecido en la Sentencia SU – 446 de 2016, que precisa lo siguiente: *“(..)* Los servidores en provisionalidad, tal como lo ha reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación gozan de estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. 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.** (...)”.

Por lo anterior, la entidad solicitó declarar improcedente la acción de tutela, toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante, debido a que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC dio correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito.

**El MUNICIPIO DE TAME – ARAUCA<sup>5</sup>.** La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Tame - Arauca, solicitó declarar la improcedencia de la misma o en su lugar se niegue el amparo de los derechos deprecados.

El Municipio informó que, conforme a la Resolución No. 15923 del 10 de octubre de 2022, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la Administración Municipal realizó en estricto orden de elegibles los nombramientos en periodo de prueba de las vacantes ofertadas en la Convocatoria No. 848 de 2018 y, que, el cargo que ostentaba el accionante, era la única vacante existente, por lo que, al momento de proveer el empleo de manera definitiva, no pudo ser reubicado en un cargo de igualdad de condiciones, por consiguiente la Oficina Administrativa a través del Decreto No. 132 de 2022 terminó el nombramiento del accionante y procedió a vincular a la persona que ganó el concurso de mérito.

Alega que, con fundamento en la condición de discapacidad física del accionante y como sujeto de especial protección constitucional cumplió con su obligación jurídico constitucional, pues se trata de única vacante ofertada y no existe en la planta globalizada de la Administración un cargo similar para adelantar acciones afirmativas, porque el cargo fue provisto de manera definitiva, razón por la cual procedía la terminación provisional. No obstante, la entidad verificó su planta de personal a corte de 30 de diciembre de 2022 y evidenció que no existía otro empleo en el cual el accionante pudiese ser nombrado nuevamente en provisionalidad.

Sostiene que, no puede predicarse que el hecho de presentar una condición de discapacidad, conlleve a que se desconozcan los derechos de los elegibles mediante concurso de méritos, pues ello implicaría desnaturalizar los empleos de carrera administrativa, los cuales por mandato constitucional deben ser provistos de manera definitiva mediante uso de lista de elegibles producto de un concurso de méritos.

---

<sup>5</sup> Contestó el 12 de enero de 2023,

Por lo anterior, el Municipio de Tame – Arauca solicitó no acceder a las pretensiones de la acción de tutela, puesto que no vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, toda vez que el cargo objeto de la presente acción es un empleo que debe ser provisto a través de un concurso de mérito.

#### **2.4. Decisión de primera instancia<sup>6</sup>**

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA (A), decidió declarar improcedente la acción de tutela. El despacho judicial indicó que no se evidencia ninguna acción u omisión desplegada por parte de las entidades accionadas contra los derechos fundamentales alegados por el accionante, puesto que sus actuaciones estuvieron acordes con las disposiciones legales y los precedentes jurisprudenciales que rigen los concursos públicos de mérito.

Respecto a la condición de discapacidad física del accionante, precisó que no resulta dable implementar acciones afirmativas tendientes a la reincorporación de su empleo laboral con fundamento en su situación de discapacidad, toda vez que el Municipio de Tame aseguró que no existe en la Planta Globalizada de la Administración un cargo similar en el cual el accionante pudiese ser nombrado nuevamente en provisionalidad.

#### **2.7. De la impugnación<sup>7</sup>**

Inconforme con la decisión, el señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA la impugna porque el Juez Constitucional desconoció su situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y, en su lugar, solicita el amparo de sus derechos fundamentales.

### **3. Consideraciones.**

#### **3.1. Competencia**

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión controvertida.

---

<sup>6</sup> Sentencia Proferida el 24 de enero de 2023.

<sup>7</sup> Presentado el 30 de enero de 2023.

### 3.2. Requisitos de procedibilidad en la acción de tutela

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.<sup>8</sup>

**Legitimación en la causa por activa y por pasiva.** Tanto el señor apoderado judicial Dr. FREDY FORERO REQUINIVA, quien instauró la acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales del señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA como el MUNICIPIO DE TAME – ARAUCA, señalado de transgredirlos se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva.

**Inmediatez.** Se cumple al existir un plazo razonable, entre la expedición del acto administrativo que retiró del servicio al accionante el 09 de diciembre de 2022 y la formulación de la acción de tutela presentada el 10 de enero de 2023.

**Subsidiaridad.** De conformidad con los artículos 86 superior y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo pretendido, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Alta Corporación ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, antes la existencia de un medio de defensa judicial propio, específico, idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos cuando se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En ese sentido, ha señalado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la tutela se deben observar una serie de requisitos tales como: **(i) la a edad de la persona; (ii) su estado de salud y el de su familia; (ii) sus condiciones económicas y la de las personas obligadas a acudir su auxilio.**

---

<sup>8</sup> Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

En el caso que nos ocupa, se logra evidenciar que el accionante se encuentra en un estado de vulnerabilidad y que por ende se justifica la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro deprecado con el fin de evitar un perjuicio irremediable, puesto que el accionante presenta una condición de discapacidad física y fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 33.95%.

### **3.3. Problema jurídico**

Determinar si el MUNICIPIO DE TAME – ARAUCA, vulneró los derechos fundamentales al señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA.

### **3.4. Naturaleza de la acción de tutela**

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992<sup>9</sup>, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015<sup>10</sup> señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

### **3.5. Supuestos jurídicos**

#### **1. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos<sup>11</sup>**

La Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos

---

<sup>9</sup> Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

<sup>10</sup> Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

<sup>11</sup> Sentencia T – 464 de 2019.

oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, *“(i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (iii) el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en el Constitución o la ley, y por último, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera”*<sup>12</sup>.

El propósito de esta norma constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad<sup>13</sup>. Por este motivo, la Corte ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro<sup>14</sup>.

Los funcionarios que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley<sup>15</sup>.

Por otra parte, los funcionarios que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones

---

<sup>12</sup> Artículo 125 de la Constitución Política.

<sup>13</sup> Sentencia T-373 de 2017, párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>14</sup> Sentencia T-373 de 2017, párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>15</sup> Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad <sup>16</sup>.

## **2. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa<sup>17</sup>**

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el *“derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”*, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad<sup>18</sup>.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de: *“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”*.

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras*

---

<sup>16</sup> Sentencia T-373 de 2017

<sup>17</sup> Sentencia T - 464 de 2019.

<sup>18</sup> Sentencia T-014 de 2019.

*disposiciones*” a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez<sup>19</sup>.

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que 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”*<sup>20</sup>. Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que: *“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”*.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando<sup>21</sup>. Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que: *“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud*

---

<sup>19</sup> La jurisprudencia constitucional ha sostenido dos líneas sobre la aplicación de la Ley 361 de 1997, una que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 de 1997 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de la capacidad para trabajar comprobada; y otra, más abierta, que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones (Sentencias T-198 de 2006, T-819 de 2008, T-603 de 2009 y T-643 de 2009) y la segunda, la cual ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que ha ampliado la concepción del término “limitación”, en el sentido de hacer extensiva la protección señalada en la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (Sentencias T-198 de 2006, T-513 de 2006, T-504 de 2008, T-992 de 2008, T-263 de 2009, T-866 de 2009, T-065 de 2010, T-092 de 2010, T-663 de 2011).

<sup>20</sup> Sentencia SU-446 de 2011.

<sup>21</sup> Sentencia T-373 de 2017.

*y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.*

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público<sup>22</sup>.

No obstante, lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales<sup>23</sup>.

### **3.6. Examen del caso**

El señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA, quien desempeñó provisionalmente el cargo de (Auxiliar Administrativo, grado 02) del Municipio de Tame – Arauca, durante el período comprendido entre el 26 de junio de 2019 al 09 de diciembre de 2022, a través de apoderado judicial acude a este mecanismo excepcional para que el MUNICIPIO DE TAME – ARAUCA adopte acciones afirmativas tendientes al reintegro permanente a un cargo de igual o mayor categoría al que venía ocupando, luego de ser retirado por la entidad para efectuar el nombramiento de la persona que superó el concurso de mérito; dada la condición de debilidad manifiesta y la discapacidad física que padece con ocasión a un accidente de tránsito que sufrió el 15 de febrero de 2015.

---

<sup>22</sup> Sentencia SU-691 de 2017.

<sup>23</sup> Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

La primera instancia decidió declarar improcedente la acción de tutela porque el Municipio de Tame – Arauca actuó de acuerdo a las disposiciones legales y jurisprudenciales que rigen los concursos de mérito y, respecto al reintegro del empleo laboral, consideró que pese a la discapacidad física que presenta el accionante, no existe en la Planta Globalizada de la Administración un cargo similar en el que pueda ser nombrado de manera provisional. Inconforme con la decisión el apoderado judicial del señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA impugna y, solicita la protección de sus derechos fundamentales con fundamento en la situación de debilidad manifiesta y la discapacidad física que padece el accionante.

Examinada la actuación del municipio de Tame contenida en el acto administrativo No. 132 del 09 de diciembre de 2022, se encuentra que este se sustenta en la expedición de las listas de elegibles para proveer el cargo de una participante que superó las etapas del concurso No. 848 de 2018 para proveer una vacante definitiva para el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 2, en el Municipio de Tame – Arauca.

Bajo este escenario, se vislumbra que la motivación del retiro del servicio del actor es razonable y no se evidencia una desvinculación caprichosa o arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la condición discapacidad física invocada por el accionante, toda vez que los puestos de carrera en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa y están sujetos a una posible desvinculación en el momento en que una persona gane el derecho de proveer el empleo ofertado en el marco de un concurso público de mérito, al respecto la Corte Constitucional precisado lo siguiente: “los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, 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 (...) o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. 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, precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, **cede frente al mejor que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos**”<sup>24</sup>.

Ahora bien, a pesar de que no puede exigirse el derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, porque este debe proveerse por un concurso de mérito, lo cierto es que si existen circunstancias especiales que, convierten al accionante en un sujeto de especial protección constitucional y, en consecuencia, evidencian su condición de debilidad manifiesta, pues el señor JOSE ALEXANDER RINCON SILVA

---

<sup>24</sup> Sentencia SU – 446 de 2011.

es una persona calificada con un 33.95% de pérdida de capacidad laboral debido a una discapacidad física consecuyente de un accidente de tránsito.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y, además es un sujeto de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, las personas próximas a pensionarse y las personas que se encuentren en una situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, si debe otorgársele un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos. En estos casos, la Corte ha señalado que: “Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, **siempre y cuando se encuentre vacante**”<sup>25</sup>.

En tal sentido, se observa en los medios allegados al expediente que, el Municipio de Tame en relación a las acciones afirmativas atinentes al reintegro del accionante en un cargo de la misma jerarquía o equivalencia, informó lo siguiente: “ (...) teniendo en cuenta la condición de discapacidad física del accionante y como sujeto de especial protección constitucional cumplió con su obligación jurídico constitucional pues **se trata de única vacante ofertada, no existiendo en la planta globalizada de la Administración un cargo similar para adelantar acciones afirmativas**, porque el cargo fue provisto de manera definitiva, razón por la cual procedía la terminación de la provisionalidad, del cual la entidad una vez verificada su planta de personal a corte el 30 de diciembre de 2022, evidenció que no existía empleo en el cual el accionante pudiese ser nombrado nuevamente en provisionalidad”.

En conclusión, de conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se constata que en la planta globalizada de la Administración Municipal de Tame no existe un empleo con las mismas similitudes en el cual el exfuncionario pueda ser vinculado nuevamente en provisionalidad, situación que imposibilita al Juez Constitucional ordenar al municipio accionado adelantar medidas afirmativas tendientes a la pretensión de reintegro permanente a un cargo de igual o mayor jerarquía al que venía ocupando. Por lo tanto, dicha solicitud resulta improcedente.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

---

<sup>25</sup> Sentencia T – 313 de 2017.

#### **4. Decisión**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de enero de 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SARAVERENA (A).

**SEGUNDO:** Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida, archívese.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ**  
**Magistrada Ponente**



**MATILDE LEMOS SANMARTÍN**  
**Magistrada**



**LAURA JULIANA TAFURT RICO**  
**Magistrada**