

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veinte (2020).

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA
Radicación:	11001-33-35-013-2019-00448
Demandante:	FIDEL REINALDO TORRES CASTRO
Demandado:	DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ - CUNDINAMARCA
Vinculada:	LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA
Asunto:	SENTENCIA

*Procede el Despacho a resolver la acción de tutela impetrada por el señor **FIDEL REINALDO TORRES CASTRO**, en nombre propio, contra la **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ - CUNDINAMARCA**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.*

ANTECEDENTES

1. Petición.

*El señor **FIDEL REINALDO TORRES CASTRO**, en ejercicio de la acción de tutela, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, salud, trabajo, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, que estima vulnerados por la **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ - CUNDINAMARCA** al haber terminado su vinculación en provisionalidad en el empleo de auxiliar administrativo, grado 5, de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, por nombrar en ese cargo a quien superó el respectivo concurso de méritos, sin tener en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional al padecer la enfermedad catastrófica denominada Linfoma no Hodgkin de Cédulas T con Compromiso Mediastinal y Pleural. En consecuencia, pretende se ordene su reintegro al empleo que venía ocupando, o a uno de igual o superior categoría.*

2. Situación fáctica

En síntesis, el accionante fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

- Que se vinculó en la Rama Judicial en el empleo de auxiliar administrativo, grado 5, de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá.

- Que en el mes de octubre de 2011, mientras se encontraba vigente su vínculo laboral con la entidad accionada, fue diagnosticado con la enfermedad denominada "LINFOMA NO HODGKIN DE CÉDULAS T CON COMPROMISO MEDIASTINAL Y PLEURAL", la cual está catalogada como una enfermedad catastrófica de alto costo, de acuerdo a lo previsto en la Resolución N° 3974, emitida por el Ministerio de la Protección Social el 21 de octubre de 2019.

- Que lo anterior fue informado en su oportunidad a la entidad accionada, pues permaneció incapacitado en varias oportunidades por cuenta de esa enfermedad.

- Que el 13 de septiembre de 2019, el cargo que desempeñaba fue provisto de forma definitiva con ocasión de la lista de elegibles conformada por el acuerdo "SACUNA 10-15 de 2010 CSJBTA 18-85 CSJBTA 18-89".

- Que desde que le fue diagnosticada la mencionada enfermedad, se ha sometido a un costoso y riguroso tratamiento basado en quimioterapias, radioterapias y trasplante de médula ósea. Que ese tratamiento, por prescripción médica, no puede ser interrumpido.

3. Actuación Procesal

3.1. Mediante auto del 8 de noviembre de 2019 (fls. 18), este despacho avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenó notificar al presunto responsable de la entidad accionada, esto es, al **director** de la "**DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA**", remitiéndole el traslado de la demanda y sus anexos para que ejerciera su derecho de defensa y, como prueba, se solicitó un informe del asunto.

3.2. Con sentencia de primera instancia del 22 de noviembre de 2019 (fls. 29 a 38), se ampararon los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, seguridad social, trabajo y mínimo vital del accionante, y se ordenó a la **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ - CUNDINAMARCA** reintegrarlo "(...) en provisionalidad, en otro empleo de asistente administrativo, grado 5, en caso de que existan vacantes definitivas. De no ser así, deberá reubicarlo en otro empleo equivalente, siempre que este también se halle vacante de forma definitiva, y en caso de que esta reubicación no sea posible, deberá mantener la afiliación del accionante al sistema de salud hasta que finalice el tratamiento de su patología, o hasta que un nuevo empleador asuma esa obligación, lo que ocurra primero (...)". Esta providencia fue

confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de fallo calendarado el 7 de febrero de 2020 (fls. 5 a 13, cuaderno II).

3.3. Con auto del 2 de marzo de 2020 (fls. 22 a 25, cuaderno II), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso “(...) desde el auto admisorio de la demanda (...)”¹, argumentando que existía una indebida notificación de la entidad accionada en todo el curso de la primera instancia, que le había impedido ejercer su derecho de defensa en la acción de tutela impetrada por el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO.

3.4. A través de proveído del 5 de marzo de 2020 (fls. 68), este despacho obedeció y cumplió lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y como consecuencia de ello, avocó el conocimiento de la presente acción de tutela, ordenó notificar al presunto responsable de la entidad accionada, esto es, al **director de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA**, y vincular a la señora **LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA**, remitiéndoles el traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran su derecho de defensa y, como prueba, se solicitó a aquella entidad un informe del asunto.

3.5. El **director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bogotá y Cundinamarca**, con oficio DESAJBOJRO20-1160 del 12 de marzo de 2020, remitido vía correo electrónico a este despacho en esa misma fecha, contestó la tutela así:

Aduce que esa entidad no procederá a reintegrar al señor TORRES CASTRO en el cargo de asistente administrativo, grado 5, en razón a que, por una parte, dicho empleo fue provisto en propiedad por la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA, quien superó el concurso de méritos, y por otra, desconocía el estado médico actual del accionante, pues desde el año 2013, este no volvió a poner en conocimiento de esa entidad la existencia de su diagnóstico de “LINFOMA LINFOBLASTICO”. Que por ello, esa seccional no tenía impedimento para desvincular al accionante del cargo que ocupaba en provisionalidad.

Menciona que una vez conocida la tutela impetrada por el señor TORRES CASTRO, el Área de Talento Humano de esa entidad efectuó una revisión en la base de datos y en los archivos físicos que allí reposaban, encontrando que la última vinculación del demandante con la Rama Judicial databa del 18 de enero de

¹ Ordinal primero de la parte resolutive del auto de la referencia, visible a folio 24 vto. del expediente.

2010, y fue en provisionalidad, en el empleo de asistente administrativo, grado 5. Que ese cargo fue ocupado en propiedad por la señora CARDONA ACOSTA desde el 16 de septiembre de 2019, de acuerdo con la Resolución N° 5559 del 14 de agosto de 2019, expedida con base en los acuerdos CSJBTA18-85 y CJSBTA18-89 del 26 de septiembre y 3 de octubre de 2018, respectivamente, por medio de los cuales se estableció la lista de elegibles para proveer el referido empleo.

Considera que no puede afirmarse que esa entidad hubiese vulnerado los derechos fundamentales de una persona que "(...) ostenta una condición especial (...)"², pues en casos como el sub lite, esta condición se predica solo de las personas que se encuentren vinculadas en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, siempre que exista alguna de las siguientes circunstancias: (i) situación de discapacidad; (ii) prepensionados; (iii) madres o padres cabeza de familia; (iv) mujeres en estado de embarazo.

Por último, solicita se denieguen las pretensiones de la tutela ya que con la desvinculación del accionante, esa entidad no transgredió sus derechos fundamentales, máxime cuando el proceso de desvinculación de "los provisionales" se ha llevado a cabo de forma paulatina, con cautela de no causar traumatismos a la administración y permitiendo a quienes se encontraban vinculados a través de esta figura "(...) proyectarse en otras oportunidades laborales (...)"³.

3.6. La señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA, en calidad de parte vinculada, no contestó la tutela.

4. Pruebas.

Como pruebas **relevantes** obrantes en el expediente, se relacionan las siguientes:

- Copia de la certificación expedida el 7 de octubre de 2019 por la coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca (fl. 8), donde consta que el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO prestó sus servicios en esa entidad así:

CARGO	DESPACHO	FECHA INI	FECHA FIN
ASISTENTE ADMINISTRATIVO DEAJ 05	CENTRO DE SERV. ADMINISTRATIVOS CIVIL-FAMILIA BOGOTA D.C.	14/11/2008	19/12/2008

² Párrafo 6°, página 5 de la contestación de la entidad accionada, visible a folio 77 del expediente.

³ Párrafo 1°, página 7 *ibidem*, visible a folio 78 el plenario.

ASISTENTE ADMINISTRATIVO DEAJ 05	DIRECCION EJECUTIVA SECCIONAL ADMON JUDICIAL BOGOTA - CUNDIN	16/02/2009	15/08/2009
ASISTENTE ADMINISTRATIVO DEAJ 05	DIRECCION EJECUTIVA SECCIONAL ADMON JUDICIAL BOGOTA - CUNDIN	16/08/2009	31/10/2009
ASISTENTE ADMINISTRATIVO DEAJ 05	CENTRO DE SERV. ADMINISTRATIVOS CIVIL-FAMILIA BOGOTA D.C.	01/11/2009	18/12/2009
ASISTENTE ADMINISTRATIVO DEAJ 05	CENTRO DE SERV. ADMINISTRATIVOS CIVIL-FAMILIA BOGOTA D.C.	19/12/2009	13/09/2019

- Copia del oficio DESAJ12-TH-1453 del 30 de abril de 2012, a través del cual la coordinadora de Bienestar y Salud Ocupacional de la entidad accionada solicitó a la A.F.P. Provenir iniciar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO, en atención a que había permanecido incapacitado más de 180 días por el diagnóstico "linfoma no hodgkin" (fl. 10).

- Obra a folio 94 del expediente, copia de la Resolución N° 5559 del 14 de agosto de 2019, con la cual el director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca, nombró en propiedad a la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA en el empleo de asistente administrativo, grado 5.

- A folio 95 del plenario se halla copia del acta DESAJBOAP19-196 del 16 de septiembre de 2019, a través de la cual la señora CARDONA ACOSTA tomó posesión del aludido empleo de asistente administrativo, grado 5, a partir de ese mismo día.

- Copia del oficio DESAJBOTHO19-3793 del 12 de septiembre de 2019, con el cual el director Ejecutivo Seccional de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá - Cundinamarca le informó al señor TORRES CASTRO que mediante los acuerdos CSJBTA 18-85 y CSJBTA 18-89, se había enviado la lista de elegibles para proveer en propiedad los empleos de asistente administrativo, grado 5, en esa entidad, en virtud de lo cual la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA perteneciente a esa lista había sido nombrada en el empleo que él desempeñaba, por lo que su permanencia en ese cargo iba hasta el 13 de septiembre siguiente (fl. 9).

- Copia de la historia clínica del señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO, emitida por la Corporación Salud UN el 7 de noviembre de 2019, donde se anota como diagnóstico "LINFOMA NO HODGKIN NO ESPECIFICADO", y como observaciones "Cita en 3 meses".

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho Judicial para conocer de la presente acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en la forma señalada por la ley.

No obstante lo anterior, la acción de tutela, conforme se ha reiterado, no es un mecanismo capaz de reemplazar las actuaciones rituales preestablecidas, como que tampoco las desplaza, sino que se trata, por el contrario, y en razón de su naturaleza misma, de una actuación residual, precisamente cuando los afectados estén desprovistos de cualquier otro medio de defensa judicial.

Este remedio extraordinario de protección de los derechos fundamentales de rango de constitucional, tiene operancia mediante un procedimiento preferente y sumario, con la intervención del aparato jurisdiccional a través de cuyos pronunciamientos deben tomarse las medidas necesarias para su efectiva protección.

2. Problema jurídico.

Consiste en determinar si la acción de tutela es procedente o no para controvertir la decisión que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del accionante en un empleo vacante de carrera administrativa, que a la postre fue provisto por quien superó el concurso de méritos. De resultar procedente, se deberá analizar si dicha decisión vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud, trabajo, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, de la parte actora.

2.1. De la procedencia de la acción de tutela.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece cuáles son las causales de improcedencia de la tutela, de la siguiente manera:

“(...) La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones

que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (...)” –
Negrillas fuera de texto -

Así, es claro que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho, es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias, en que por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto -de no ser por la acción de tutela- a una clara indefensión frente a los actos y omisiones de quien lesiona un derecho fundamental. De ahí que la tutela no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al actor.

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela, como regla general en relación con actos administrativos y la excepción a esta, la Corte Constitucional en sentencia T- 359 de 2006⁴, ha puntualizado:

“(…)

La acción de tutela contra actos administrativos: Improcedencia y excepción.

3- La acción de tutela, como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales cuando estos han sido violados o se encuentran en amenaza, es, en virtud del artículo 86 de la Carta Política de Colombia, del orden subsidiario y residual, lo que significa que su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial al alcance de quien demanda. **Sin embargo, puede ocurrir, y así lo ha dicho la Corte, que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso para defender sus intereses concretos, ninguno de estos mecanismos actúe de manera efectiva y eficiente.** Es precisamente en dichos casos, que el juez de tutela debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite en un Estado Social de Derecho el cumplimiento de uno de sus fines, que es, el asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política.

Acorde con lo anterior, la misma disposición superior, en casos extraordinarios en los cuales la falta de amparo inmediato generaría un perjuicio irremediable al titular del derecho, admite la procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio, hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie definitivamente al respecto. Así, mediante el mecanismo de protección de los derechos fundamentales se garantiza la salvaguarda de los mismos, mientras los demás asuntos litigiosos y derechos de carácter legal son debatidos en la jurisdicción ordinaria, la cual, como todo procedimiento, tiene los recursos y etapas que para cada caso enuncia la ley.

⁴ Corte Constitucional, Sala Primera de revisión. Sentencia del 11 de mayo de 2006, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

4- En lo relativo a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo efectivo para la protección de derechos fundamentales **que podrían verse vulnerados o amenazados por mandamientos consagrados en actos emitidos por la administración, como regla general se tiene que no es esta acción la adecuada para controvertirlos, más bien, lo son las acciones pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, como excepción a esta regla la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.** (...) – Negrilla fuera de texto -

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, es indudable que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir decisiones contenidas en actos administrativos, por cuanto en el ordenamiento jurídico existen otros mecanismos de defensa judicial para cuestionar la legalidad de estos. No obstante, la existencia de tales medios no implica, per se, la improcedencia de la acción de amparo⁵, pues se debe analizar en cada caso (i) si los mismos resultan idóneos y eficaces para proteger los derechos que se invocan como vulnerados, y (ii) pese a que son idóneos, de no concederse la tutela se generaría un perjuicio irremediable.

2.2. De las vinculaciones en provisionalidad en los empleos públicos.

El artículo 125 de la Constitución Política⁶ determina con claridad que por regla general, la naturaleza de los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Asimismo, determinó el sistema de mérito para acceder a la carrera administrativa, siendo esta una institución jurídica que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos tanto de la administración como del empleado. De tal forma, el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso. A su turno, la permanencia en el cargo se encuentra condicionada a la capacidad con la que cuenta el trabajador para cumplir con los objetivos propuestos por la administración y el adecuado desempeño de la función pública, pues por una

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-939 de 2012.

⁶ **ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

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 la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARAGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

parte, dicho mérito es periódicamente calificado para comprobar el desempeño de sus deberes, y por otra, son sujetos disciplinables.

De lo anterior, se puede colegir a grandes rasgos que la provisionalidad no corresponde a una categoría de los empleos públicos descritos en el citado artículo 125, sino que se erige como una situación administrativa mediante la cual el nominador nombra de manera temporal a una persona que no esté inscrita en el registro de elegibles en un cargo de carrera administrativa, hasta tanto se provea dicho empleo de manera definitiva por quien superó todas las etapas del concurso de mérito.

2.3 De la terminación del nombramiento en provisionalidad.

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado que los empleados nombrados en provisionalidad se encuentran en **una situación precaria respecto a las personas que han accedido al empleo público luego de superar el sistema selectivo**. De allí que se afirme que no poseen fuero de estabilidad alguno. Por ello, su retiro no debe sustentarse únicamente en las causales establecidas por el artículo 125 superior, esto es, por un proceso disciplinario o por calificación insatisfactoria.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 13 de marzo de 2013, señaló⁷:

(...)

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, **el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.**

(...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, **pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.**

(...)

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Radicado interno 4972-01

como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

(...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto –

Como se pudo observar de la anterior cita jurisprudencial, el criterio de que los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no ostentan fuero laboral alguna es uniforme, tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado. Sin embargo, no ocurre lo mismo frente a los actos administrativos mediante los cuales se retira del servicio a estos empleados, pues sobre este punto, históricamente, la línea jurisprudencial ha sido opuesta.

*El Consejo de Estado, en su copiosa jurisprudencia sobre el tema, había considerado que el acto administrativo de insubsistencia, al ser una facultad discrecional del nominador, no requiere motivación alguna pues se presume que su finalidad es el mejoramiento del servicio. Empero, en caso de que en dicho acto se hubiesen expuesto unos motivos, los mismos debían corresponder a la realidad. Este estricto criterio se mantuvo hasta la sentencia del 23 de septiembre de 2010⁸, en la cual la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo determinó que luego de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, el acto de retiro del servicio, de los **empleados en provisionalidad** debe motivarse, en razón a que el artículo 41 de dicha ley dispone que la competencia para el retiro de los empleos en carrera es reglada por lo que “(...) dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado⁹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”¹⁰*

*En lo que respecta a la Corte Constitucional, es importante mencionar que a lo largo de su jurisprudencia ha considerado que los actos administrativos que declaren insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción no requieren, necesariamente, ser motivados de manera expresa por disposición legal (artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968) y, en virtud de la discrecionalidad relativa que le asiste al nominador en esos casos, y que estos difieren de los actos de retiro del servicio de los empleados **nombrados en provisionalidad** en un cargo de carrera administrativa, pues estos últimos necesariamente deben ser*

⁸ Sección Segunda, radicado interno 0883-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: María Stella Albornoza Miranda.

⁹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 23 de septiembre de 2015, Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E),

motivados, aún antes de que la Ley 909 de 2004 considerara que dicha facultad es reglada.

Para una mayor ilustración, se cita in extenso la sentencia de unificación proferida por dicha Corporación el 16 de noviembre de 2010¹¹, la cual fue reiterada en la sentencia SU- 053 de 2015:

“(…)

En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad¹².

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹³. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”¹⁴.

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema **para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos**. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas¹⁵.

- En primer lugar, **el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.**

- En segundo lugar, **no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad**, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-917-10

¹² En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹⁵ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

pueden ser consignadas por vía legal o constitucional¹⁶, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”¹⁷.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”¹⁸. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos¹⁹.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que **aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.**

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades²⁰, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”.

Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquellos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones²¹ y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular²², aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional²³.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

¹⁸ “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

¹⁹ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

²¹ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

²² Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

²³ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad” (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que “un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria” (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que “aquel funcionario que ocupa un

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima **que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor.**(...)

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

(...)

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. **Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso**, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde **"deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado"**²⁴. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, **"para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"**²⁵.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria **"u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"**²⁶.

Con todo, la Corte debe insistir en que **la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera**. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la

cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre" (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

realización de los principios que orientan la función administrativa²⁷ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"²⁸. (...) – Negrillas y subrayas fuera de texto –

Corolario de lo expuesto, se puede evidenciar que si bien en algún momento las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado eran disímiles en lo que respecta a la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los empleados nombrados en provisionalidad, lo cierto es que a partir de la expedición del referido fallo del 23 de septiembre de 2010 por parte de esa última Corporación, sus criterios se equipararon, en cuanto a que el ejercicio de dicha facultad no implica que el nominador pueda adoptarla sin motivación alguna.

Por lo tanto, no puede extrapolarse la forma de retirar del servicio a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, con la manera de declarar insubsistentes a los que ocupan cargos provistos por la modalidad de provisionalidad, pues tal como se reseñó, la desvinculación de las personas que se encuentran en esta última situación administrativa debe hacerse a través de un acto administrativo debidamente motivado, que consulte con los verdaderos intereses generales que gobiernan la función pública establecidos por el Constituyente en el artículo 209 superior.

2.4. De la especial protección constitucional de los empleados públicos vinculados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa, que padezcan enfermedades catastróficas.

Como se indicó en precedencia, los empleados públicos vinculados en provisionalidad en empleos de carrera administrativas cuentan, en principio, con una estabilidad laboral relativa, ya que su situación no puede equipararse con la de quienes laboran en cargos de libre nombramiento y remoción, ni con la de una persona que accedió al empleo luego de superar el respectivo concurso de méritos.

No obstante lo anterior, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad se ve reforzada cuando estas se encuentran en

²⁷ CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

²⁸ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162

*debilidad manifiesta y por ello, deben ser consideradas sujetos de especial protección constitucional, entendidos como “(...) aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva (...)”²⁹. Dentro de esos sujetos con protección especial, se hallan, particularmente³⁰, (i) las madres y padres cabeza de familia; (ii) los pre pensionados, y (iii) las personas discapacitadas o **que padezcan enfermedades graves o catastróficas**.*

Cuando esto sucede, es decir, en el evento en que la persona vinculada en provisionalidad tenga la calidad de 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 (...)”³¹.

En este sentido, para efectos de garantizar no sólo los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de los empleados que cumplan las aludidas condiciones, sino para maximizar el principio de igualdad material y de no discriminación, el Estado debe adoptar tratamientos diferenciados a favor de tales personas, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º, artículo 13 de la Constitución Política de Colombia³². Esto no implica que tales empleados posean un derecho de permanencia indefinida en el cargo, pues su estabilidad debe ceder frente a quienes superaron el respectivo concurso de mérito³³.

*Dichos tratamientos diferenciados, o acciones afirmativas³⁴ a favor de dichos empleados, fueron establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011³⁵ como una obligación del nominador antes de proceder a nombrar a quienes superaron los respectivos concursos de mérito, en virtud de lo cual deberán: (i) disponer lo necesario para que aquellos empleados sean los últimos en ser desvinculados; (ii) procurar su reubicación en otros empleos que se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a los que venían desempeñando en provisionalidad, hasta que estos se provean de forma definitiva mediante el sistema de carrera; (iii) **cuando la debilidad manifiesta esté ligada a una***

²⁹ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-167 del 11 de marzo de 2011, Mp. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰ Para el caso de los empleados públicos vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

³¹ Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-096 del 20 de marzo de 2018, Mp. Luis Guillermo Gutiérrez Pérez.

³² Uprimny Yepes, R., Uprimny Yepes, I. M., & Parra Vera, Ó., *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2017, Unidad 4, pp. 202.

³³ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, sentencia T-373 del 8 de junio de 2017, Mp. Cristina Pardo Schilesinger

³⁴ Uprimny Yepes, R., Uprimny Yepes, I. M.,..., *Op. Cit.*, pp. 203.

³⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 26 de mayo de 2011, Mp. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

enfermedad catastrófica, y no haya sido posible la reubicación del empleado, el empleador deberá mantener su afiliación al sistema de salud para así garantizar la continuidad del servicio médico ya sea hasta que finalice el tratamiento, o hasta que un nuevo empleador asuma tal obligación³⁶.

3. Caso concreto.

En consonancia con el problema jurídico formulado líneas arriba (supra, numeral 2), corresponde al despacho establecer, en primer lugar, si la presente acción de tutela es procedente o no para controvertir la decisión a través del cual se terminó el nombramiento en provisionalidad del accionante.

3.1. De la procedencia o no de esta acción de tutela.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO laboró en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca, en el empleo de asistente administrativo, grado 5, del 14 de noviembre al 19 de diciembre de 2008, y sin solución de continuidad del 16 de febrero de 2009 al 13 de septiembre de 2019. Asimismo, que en su último periodo, comprendido entre el 19 de diciembre de 2009 y el 13 de septiembre de 2019, prestó sus servicios en el Centro de Servicios Administrativos Civil – Familia de Bogotá, particularmente en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos³⁷.

También se probó que con Resolución N° 5559 del 14 de agosto de 2019, la entidad accionada nombró en propiedad a la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA en el empleo de asistente administrativo, grado 5, del cual tomó posesión el 16 de septiembre siguiente.

En virtud de dicho nombramiento, con oficio DESAJBOTH019-3793 del 12 de septiembre de 2019, la entidad accionada le informó accionante que su nombramiento en provisionalidad en el empleo de asistente administrativo, grado 5, se terminaría a partir del 13 de septiembre siguiente, en atención a que en el mismo se había nombrado en propiedad a la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA, quien hacía parte de la lista de elegibles para ese cargo, conformada por los acuerdos CSJBTA 18-85 y CSJBTA 18-89.

De conformidad con lo anterior, se puede colegir que el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO, en principio, cuenta con otro mecanismo de

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2018.

³⁷ En el oficio visible a folio 9 del expediente, con el que le comunican al accionante la terminación de su nombramiento en provisionalidad, se le solicita hacer la entrega de su cargo al coordinador esa oficina.

defensa para buscar la satisfacción de las pretensiones que aquí incoa, pues la censura se centra en un acto administrativo particular y concreto a través del cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, cuya anulación se puede solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, como se indicó el numeral 2.1 de la parte considerativa de este fallo, la mera existencia de otros mecanismos de defensa judicial no torna, por sí misma, improcedente la acción de tutela, pues se debe analizar en cada caso concreto la idoneidad y eficacia de aquellos.

Estos últimos presupuestos no se presentan en el sub lite, pues de acuerdo con la historia clínica que se halla a folios 13 a 15 del expediente, el señor TORRES CASTRO padece una enfermedad catastrófica denominada “Linfoma no Hodgkin”, razón por la cual, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional³⁸, exigirle acudir a un proceso contencioso administrativo para la satisfacción de sus pretensiones se torna en una carga desproporcionada, no solo por la duración de esos procesos, sino porque la terminación de su nombramiento en provisionalidad implica la desafiliación de los servicios de salud, los cuales, en su caso, son necesarios para el tratamiento de su patología.

En este orden de ideas, comoquiera que el mecanismo ordinario con el que cuenta el accionante, en su caso, no resulta idóneo y eficaz, se colige que la presente acción de tutela es procedente para analizar si la decisión de la entidad demandada de terminar su nombramiento en provisionalidad, vulneró sus derechos fundamentales.

3.2. De la presunta vulneración a los derechos fundamentales del accionante a la vida, salud, trabajo, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

Pues bien, como ya se indicó en precedencia, el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO desempeñó en provisionalidad el empleo de asistente administrativo, grado 5 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-096 de 2018, Op., Cit.

“(…)”

Si bien es cierto los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son susceptibles de cuestionarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es que en la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra, derivada de la grave enfermedad que padece (VIH/SIDA), exigirle acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye una carga desproporcionada, por cuanto bien es sabido que los procesos que allí se tramitan conllevan el sometimiento a términos excesivos para la solución de la controversia que podrían, incluso, llegar a superar su expectativa de vida, sin obtener la realización efectiva de los derechos en discusión, lo que se traduce en un mecanismo ineficaz para el propósito que por su intermedio se pretende alcanzar (…)”

Judicial Bogotá – Cundinamarca, de forma ininterrumpida del 16 de febrero de 2009 al 13 de septiembre de 2019; fecha, esta última, en que la entidad accionada dio por terminado su nombramiento en dicho empleo para nombrar en propiedad a la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA, quien había superado el respectivo concurso de méritos.

Conforme a lo reseñado, se podría considerar que la terminación del nombramiento en provisionalidad del accionante en el empleo de asistente administrativo, grado 5, no transgredió sus derechos fundamentales, por cuanto esa forma temporal de proveer los empleos públicos posee una estabilidad laboral precaria respecto a quienes acceden a la carrera administrativa luego de superar un concurso de mérito (supra, numeral 2.4.). De allí que en relación con la provisión del mencionado empleo, los derechos del señor TORRES CASTRO debían ceder frente a los de la señora LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA, pues esta accedió a ese cargo como consecuencia de un concurso de méritos, tal como lo señala la entidad accionada al contestar la tutela.

Empero, no puede pasarse por alto dos aspectos. Primero, que el señor FIDEL REINALDO TORRES CASTRO padece la enfermedad catastrófica denominada “Linfoma no Hodgkin”, lo que le otorga la condición de persona de especial protección constitucional, de acuerdo al criterio expuesto por la Corte Constitucional, tomando su estabilidad laboral de precaria a reforzada. Segundo, que mientras se encontraba vigente el vínculo laboral del accionante con la entidad accionada, esta última se enteró de la patología padecida por aquél, tanto así, que el 30 de abril de 2012 esa entidad solicitó a la A.F.P. Provenir iniciara el proceso de calificación de la pérdida de capacidad del accionante, por cuanto había permanecido incapacitado más de 180 días por esa patología.

Tampoco resulta de recibo lo aducido por la entidad accionada en la contestación de la tutela en cuanto a que el accionante no le había vuelto a poner en conocimiento su estado de salud desde el año 2013, lo que tornaba inoponible su situación médica a su desvinculación.

Ello porque la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca conocía desde el año 2012 que el señor TORRES CASTRO padecía la enfermedad catastrófica denominada “Linfoma no Hodgkin”. Y no obstante que el accionante no informó a la entidad accionada que aún padecía tal diagnóstico, lo cierto es que esa enfermedad no impedía el desarrollo de sus funciones, ni afectaba en forma alguna su desempeño laboral como para imponer al señor TORRES CASTRO, de forma absoluta, tal carga de informar a su

empleador que continuaba padeciendo “Linfoma no Hodgkin”, pese a la no existencia de razones objetivas de carácter laboral. Por estas razones, antes de proceder a desvincular al accionante, esa entidad debía verificar cuál era su estado de salud, para así determinar si tenía o no condición de persona de especial protección constitucional.

Entonces, teniendo en cuenta que la entidad accionada conocía que el señor TORRES CASTRO padecía de “Linfoma no Hodgkin” al momento de terminar su vinculación en provisionalidad el día 13 de septiembre de 2019, estaba en la obligación de adoptar las acciones afirmativas establecidas por la Corte Constitucional para garantizar sus derechos a la vida, salud, trabajo, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

Las acciones afirmativas que debía adoptar la entidad accionada consistían en: (i) disponer lo necesario para que el accionante fuese el último empleado en ser desvinculado del empleo de asistente administrativo, grado 5; (ii) procurar su reubicación en otros empleos que se encontraran vacantes, equivalente al que desempeñaba en provisionalidad, y en caso de no lograr esa reubicación, (iii) mantener su afiliación al sistema de salud para garantizar la continuidad del servicio médico, ya fuera hasta que finalice el tratamiento, o hasta que un nuevo empleador lo subrogue en esa obligación.

Pese a la anterior obligación que recaía en la entidad accionada, no se demostró que hubiese adoptado ninguna de las aludidas medidas, omisión derivó en la transgresión de los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, seguridad social, trabajo y mínimo vital del accionante, pues su retiro del servicio implica, por una parte, que dejará de percibir el salario con el que solventaba sus necesidades, y por otra, a la postre, que quedara desafiliado de los servicios de salud del régimen contributivo, lo que se traduce en la interrupción del tratamiento de su patología, la cual, tal como se consigna en la historia clínica³⁹, requiere un control periódico.

*Así las cosas, en el presente caso se procederá amparar los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, seguridad social, trabajo y mínimo vital del accionante, transgredidos por la entidad accionada al omitir la adopción de las acciones afirmativas correspondientes antes de dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en el empleo de asistente administrativo, grado 5. En virtud de ello, se ordenará **director** de la **DIRECCIÓN EJECUTIVA***

³⁹ En la historia clínica que se halla a folios 13 a 15, de fecha 7 de noviembre de 2019, se anota que por la patología que sufre el accionante, debe tener una nueva cita a los tres meses.

SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, que en un término de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha efectuado, proceda a reintegrar al señor **FIDEL REINALDO TORRES CASTRO**, en provisionalidad, en otro empleo de asistente administrativo, grado 5, en caso de que existan vacantes definitivas. De no ser así, deberá reubicarlo en otro empleo equivalente, siempre que este también se halle vacante de forma definitiva, y en caso de que esta reubicación no sea posible, deberá mantener la afiliación del accionante al sistema de salud hasta que finalice el tratamiento de su patología, o hasta que un nuevo empleador asuma esa obligación, lo que ocurra primero.

Huelga mencionar que no hay lugar a disponer el pago de los emolumentos dejados de percibir por el accionante desde que fue terminado su nombramiento en provisionalidad, por dos razones.

Primero, porque en esta sentencia no se está ordenando el reintegro del señor **TORRES CASTRO** al mismo empleo que venía desempeñando en provisionalidad, ya que el mismo fue provisto de forma definitiva por la señora **LUZ ADRIANA CARDONA ACOSTA**, quien accedió a ese cargo por concurso de mérito y cuyos derechos prevalecen sobre los del accionante, tal como se indicó supra.

Segundo, porque la orden impuesta a la entidad accionada consta de tres posibilidades, a saber: (i) el reintegro del accionante en otro empleo de asistente administrativo, grado 5, **en caso de que existan vacantes definitivas**. De no ser así, la entidad debe (ii) reubicarlo en otro empleo equivalente, siempre que el mismo también se halle **vacante definitivamente**. Y por último, ante la imposibilidad de reintegrar o reubicar al accionante, la entidad accionada deberá (iii) mantener su afiliación en el sistema de salud hasta que finalice el tratamiento de su patología o hasta que un nuevo empleador la subrogue en esa obligación.

Es decir, que el reintegro del demandante al empleo de asistente administrativo, grado 5, por una parte, no es al mismo empleo que venía desempeñando en provisionalidad, pues este ya se encuentra provisto de forma definitiva por quien superó el concurso de méritos, y por otra, está supeditado a la existencia de vacantes definitivas de ese empleo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

RESUELVE

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, seguridad social, trabajo y mínimo vital del accionante **FIDEL REINALDO TORRES CASTRO**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.779.526, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al director de la **DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL BOGOTÁ – CUNDINAMARCA**, que en un término de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación del presente fallo, si no lo ha hecho, proceda a reintegrar al señor **FIDEL REINALDO TORRES CASTRO**, en provisionalidad, en otro empleo de asistente administrativo, grado 5, en caso de que existan vacantes definitivas. De no ser así, deberá reubicarlo en otro empleo equivalente, siempre que este también se halle vacante de forma definitiva, y en caso de que esta reubicación no sea posible, deberá mantener la afiliación del accionante al sistema de salud hasta que finalice el tratamiento de su patología, o hasta que un nuevo empleador asuma esa obligación, lo que ocurra primero.

TERCERO. INFORMAR al despacho por el medio más eficaz, al vencimiento de dicho término, por parte de la entidad accionada, del cumplimiento de las anteriores órdenes, remitiendo los soportes documentales que acrediten las acciones desplegadas para tal fin.

CUARTO. NOTIFICAR esta providencia a las partes en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndoles que el mismo podrá ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, acorde con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

QUINTO. REMITIR a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión, dentro del término establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1995.

SEXTO. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones respectivas; **DESANOTAR** la presente actuación dejando las constancias a que haya lugar y; **ARCHIVAR** el expediente una vez regrese al Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;


YANIRA PERDOMO OSUNA

JUEZA

