



*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de Decisión No 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

Tunja, agosto dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

Accionante: [REDACTED]  
Accionado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA  
Expediente: 15001-33-33-005-2020-00064-01  
**Acción: Tutela**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por [REDACTED] [REDACTED] (archivo 20), contra la sentencia de tutela proferida el 3 de julio de 2020 (archivo 17) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

**I. ANTECEDENTES.**

**1.1. La demanda (archivo 1).**

En ejercicio de la acción constitucional de tutela [REDACTED] [REDACTED], actuando en nombre propio, acudió a la jurisdicción para solicitar se tutelaran sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, asociación, trabajo, mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, presuntamente vulnerados por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Boyacá – Centro de Desarrollo Agropecuario; la anterior solicitud fue soportada en el siguiente marco fáctico:

- El accionante se vinculó con el SENA desde el 22 de febrero de 2011, en calidad de Instructor G08 en Provisionalidad.
- La Comisión Nacional del Servicio Civil en Convocatoria 436 de 2017 convocó a concurso de méritos abierto para proveer 3687 empleos con 4973 vacantes de carrera administrativa en el SENA, entre los cargos ofertados estaba el identificado con IDP (3759).

- *En el SENA está conformado sindicato mixto de primer grado por rama de actividad económica de la formación profesional denominado “Sindicato de Empleados Públicos del SENA – SINDESENA”, el cual se encuentra debidamente registrado ante el Ministerio de Trabajo.*
- *El accionante fue elegido como miembro de la Junta Directiva del referido Sindicato el 26 de octubre de 2018, ocupando el cargo de Secretario de Asuntos Laborales y Salud Ocupacional, nombramiento que fue comunicado y registrado ante el Ministerio de Trabajo.*
- *Ante un mayor número de vacantes que aspirantes a ocupar el cargo que desempeñaba el actor, en escrito de 05 de febrero de 2019, solicitó al Subdirector del Centro Agropecuario que decidiera la protección laboral en virtud del fuero sindical que lo cobijaba.*
- *El 16 de agosto de 2019, el accionante fue electo como Secretario de Derechos Humanos de la organización sindical SINDESENA, nombramiento que fue debidamente notificado al Ministerio de Trabajo.*
- *El 23 de marzo de 2020, el accionante radicó ante el SENA solicitud de protección derivado de su estado de salud, por las patologías de Polineuropatía y Diabetes tipo II.*
- *La anterior solicitud fue negada por el SENA mediante correo electrónico de 17 de abril de 2020.*
- *En Comunicado No. 15-2-2020-002824 de 20 de abril de 2020, la accionada le informó la terminación de su nombramiento en provisionalidad y nombró en su reemplazo, en periodo de prueba, a quien superó el respectivo concurso de méritos para el empleo denominado IDP 3759.*
- *Al momento de la desvinculación era miembro de la Junta Directiva de SINDESENA, es decir, se encontraba amparado por fuero sindical.*
- *El 23 de abril de 2020, el Grupo de Relaciones Laborales del SENA le informó al accionante que, en procura de realizar acciones afirmativas conocidas las condiciones del actor, se dispuso el traslado a otra plaza de la planta de personal del SENA, que se materializaría en próximos días.*
- *El 27 de abril de 2020, el Grupo de Relaciones Laborales le informó al señor [REDACTED] que no debía continuar en su cargo del SENA y que, contrario a lo afirmado en comunicación del 23*

*de abril de 2020, se ratificaba la declaratoria de insubsistencia informada el 17 de abril de 2020.*

*Sostuvo que en su caso se cumple con los requisitos de: (i) subsidiariedad, en tanto el mecanismo de defensa con el que cuenta no resulta ser idóneo y eficaz para la protección oportuna de sus derechos fundamentales que se ven afectados por un perjuicio irremediable derivado de su desvinculación del SENA, y (ii) de inmediatez, en tanto la acción se propuso en los primeros días del mes de mayo 2020 y su retiro se ratificó a finales del mes de abril del año en curso.*

*Sostuvo que sus derechos fundamentales se vieron afectados al desconocer su calidad de miembro de la junta de la organización sindical SINDESENA, sin tener en cuenta las garantías señaladas por la Corte Constitucional en Sentencia C-112 de 1993, en instrumentos internacionales como los Convenios 87 y 98 de la OIT -Organización Internacional del Trabajo- y el fuero sindical regulado en el Código Sustantivo del Trabajo -arts.405-407-, así como algunas recomendaciones dadas por la OIT.*

*De otra parte, sostuvo que las enfermedades que padece desde hace varios años de polineuropatía y diabetes tipo II requieren de tratamiento especial y permanente, y por ello es sujeto de especial protección constitucional, en esa medida, afirmó que el SENA debió aplicar medidas afirmativas.*

*Dijo que su derecho al debido proceso fue desconocido pues el SENA no tuvo en cuenta las alternativas que prevé el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, en materia de provisión de cargos cuando el número de vacantes es mayor a de aspirantes que conforman la lista de elegibles, norma que protege con medidas afirmativas en favor de empleados vinculados en provisionalidad, como reubicación, en su caso por doble condición: i) enfermedad catastrófica o que genera discapacidad y ii) ser empleado amparado por fuero sindical. Que existen 170 cargos y puede ser trasladado, reubicado para hacer efectivas las garantías señaladas, con lo cual efectivizarían medidas afirmativas.*

*Al presentar la tutela el actor solicitó como medida provisional la suspensión provisional del artículo 43<sup>1</sup> de la Resolución No. 1-0434 de 15 de abril de 2020 y el artículo 3<sup>2</sup> de la Resolución No. 15-00295 de 17 de abril de 2020.*

## **1.2. Trámite:**

*Mediante auto proferido el 19 de julio de 2020 (archivo 10), el juez de primera instancia (i) admitió la acción de tutela en contra del SENA, (ii) concedió el término de dos (2) días, para que la accionada se pronunciara sobre los hechos del amparo constitucional; (iii) negó la medida provisional solicitada en tanto ya se había configurado el daño que se pretendía evitar con la solicitud, y, (iv) señaló los canales de comunicación dada la emergencia sanitaria.*

## **1.3. Contestación de la demanda (Archivo 13):**

*El SENA describió el trámite adelantado con ocasión del concurso, precisó que se conformó lista de elegibles con 27 personas para 38 vacantes que se encontraban en el cargo que ocupaba el accionante desde el año 2011 – Instructor Grado 11 IDP 3759- y el 1º de abril de 2020 efectuó audiencia pública para escogencia de plaza, dado que los cargos vacantes tienen diferente ubicación geográfica.*

*Finalizado el trámite anterior, emitió Resolución 1-0434 de 15 de abril de 2020, realizó los movimientos necesarios y en cumplimiento del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 modificado por el Decreto 498 de 2020, aplicación*

---

<sup>1</sup> Artículo 43: Ordenar al Subdirector del Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial de la Regional Boyacá que declare la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad efectuado al señor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED] quien se desempeña en el empleo denominado Instructor, Grado 12 ubicado en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial de la Regional Boyacá (IDP3759), quien no acredita situación especial. Este movimiento se hará efectivo una vez la señora ANGELA YOHANA OREJARENA PEREIRA tome posesión del empleo para el cual concursó.

Parágrafo 1: El nombramiento y posesión ordenados se efectuaran siempre y cuando se verifique que el (la) elegible cumple con los requisitos legales y reglamentarios para desempeñar el cargo. (pág. 18 Archivo 2).

<sup>2</sup> Artículo 3. Como consecuencia del nombramiento ordenado en el artículo primero de la presente resolución, el nombramiento provisional del señor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] identificado con la cédula de ciudadanía No. [REDACTED] quien desempeña el cargo asociado a la IDP No. 3759, denominado instructor, ubicado en Boyacá- Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, de la planta global del SENA, se declarará insubsistente a partir de la fecha en la cual la señora ANGELA YOHANA OREJARENA PEREIRA identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.501.703 tome posesión” (Pág. 29 Archivo 2)

*las medidas afirmativas, siguiendo el orden de prelación allí indicado, 1° Enfermedad catastrófica o discapacidad, 2° Madre o padre cabeza de familia, 3° Prepensionado y en último lugar, Fuero sindical (...)*” (pág. 2 Archivo 13).

*Informó que, de los 23 retirados, 15 se encontraban en una de las situaciones descritas en el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, así: 4 con enfermedad catastrófica o discapacidad, 6 madres cabeza de familia, 4 prepensionados y 1 con fuero sindical, de los cuales 10 servidores tenían orden judicial de protección obtenida por vía acción de tutela. Que la lista de elegibles fue conformada en cumplimiento de un fallo de tutela emitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga.*

*Sostuvo que la acción de tutela deviene en improcedente en la medida que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial, en tanto no se probó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

*Además, resaltó que el SENA en cumplimiento de las normas que regulan las medidas afirmativas a favor de servidores vinculados en provisionalidad, realizó los siguientes actos:*

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

- Emitió la circular 3-2018-000159 en la que se solicitó reportar las situaciones especiales indicadas en el Decreto 648 de 2017*
- Se consolidó el listado de personas con situaciones especiales*
- Se realizó análisis de la información reportada por parte de los grupos de pensiones, y seguridad y salud en el trabajo*
- Se solicitó complementar la información consolidada a los grupos de apoyo administrativo*
- Se emitió el oficio 01-2-2019-000258 del 24 de enero de 2019 solicitando concepto al DAFP*
- Se emitió CI 8-2019-011355 del 25 de febrero de 2019, solicitando no dar posesión a personas en situación especial hasta nueva orientación.” (Pág. 10 Archivo 13).*

*Dijo que el retiro del accionante se debe al cumplimiento de un deber legal; que los cargos que se encuentran vacantes en la entidad están siendo provisto en encargos de empleados de carrera; que, en caso de una vacante, se deben seguir los parámetros establecidos en la Circular No. 01-3-2019-000222 del 18 de diciembre de 2019. En relación con el caso particular del accionante, sostuvo:*

*“En el presente caso el accionante el 23 de marzo del año en curso radicó ante entidad solicitud de protección especial por su condición de salud al padecer de polineuropatía y diabetes tipo II; esta solicitud junto con la de los demás casos de los provisionales a retirar fueron remitidos el 30 de marzo a Seguridad y Salud en el trabajo con el fin de que se evaluara la situación médica en especial la del accionante que hasta el momento no había sido reportada.*

*Ante la premura de dar el cumplimiento a la obligación legal de nombrar a los elegibles quienes ya habían obtenido mediante fallo judicial su inclusión en nueva lista de elegibles y sin contar aún con el aval de SST, se procedió a proyectar comunicación reconociendo la situación especial, enfermedad catastrófica discapacitante, que ponía en primer orden de protección al accionante.*

*Luego de varias reiteraciones la médico líder de SST, el 14 de abril reportó:*

*“atendiendo el correo que antecede me permito informar que trabajador [REDACTED] quien se desempeña como instructor en el área agroindustrial en el centro de desarrollo agropecuaria y agroindustrial de la Regional Boyacá desde hace 8 años funcionario, **tiene una patología calificada de origen común con una pérdida de capacidad laboral 0.00 %, actualmente paciente manejo de dolor. Seguimientos médicos periódicos por fisioterapia y ortopedia.** Se le ha indicado al trabajador allegar a medicina preventiva y del trabajo de la Regional copia de los controles médicos a los cuales asiste como se evidencia en el examen periódico realizado el mes de Octubre de 2019 pero **a la fecha no ha cumplido**”*

*La anterior comunicación se allega justo cuando se iba a remitir la comunicación proyectada, no obstante, una vez se evidencia la condición médica del funcionario, la cual no reviste criticidad ni discapacidad declarada, se procedió a dar respuesta mediante radicado No 8-2020-023608 del 15 de abril de 2020, al señor [REDACTED] negando sus pretensiones.*

*Por error de envío y radicación, el 23 de abril de 2020, el proyecto inicial de respuesta en el cual se le reconoce su condición de enfermedad catastrófica discapacitante y se le otorgada la protección especial de la ley para ser reubicado en uno de los cargos que habían quedado sin proveer por la CNSC, se le remite al señor [REDACTED] con Radicado No. 8-2020-024372 y la cual allegó a su despacho.*

*Como es evidente, se emitieron dos comunicaciones con respuestas contrarias, por lo que mediante radicado No. 8-2020-025783 de Fecha: 24/04/2020, se le aclaró al accionante lo siguiente:*

*“De manera atenta le informo que por un error de radicación fue remitida la comunicación de la referencia allegada el 23 de abril de 2020.*

*Por lo tanto, la respuesta oficial corresponde a la enviada mediante Radicado No. 8-2020-023608 del 15 de abril de 2020, la cual se adjunta de nuevo”*

*En consecuencia, la entidad en derecho corrigió un error interno que trasgredía las normas legales y daba la prelación a quien no contaba con los soportes necesarios para tal fin. -Subraya la Sala, negrilla del original- (Pág. 12 y 13 Archivo 13).*

## **II. SENTENCIA IMPUGNADA.**

*El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de 6 de julio de 2020 (archivo 17), declaró la improcedencia de la acción de tutela.*

*El Juez de primera instancia señaló que la tesis de esa decisión consiste en que “(...)de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tutela de la referencia deviene improcedente, dado que se pudo establecer que no cumple con el requisito de subsidiariedad en la medida que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para procurar la protección de los derechos que alega conculcados por la entidad accionada; a esta conclusión se arriba teniendo en cuenta que no se advirtió la configuración de un perjuicio irremediable que ameritara la adopción de medidas de protección en este estadio procesal.” (Pág. 4 Archivo 17).*

*El a quo para arribar a esa conclusión estudió las características de la acción de tutela, los presupuestos de esta acción preferente y sumaria, la procedencia de la tutela en los casos de desvinculación de empleados que ocupan el cargos de carrera en provisionalidad, de la rigurosidad de las normas que regulan los concursos de mérito, la estabilidad intermedia de los empleados vinculados en provisionalidad, las circunstancias que llevan a calificar como sujeto de especial protección constitucional y el retiro de los servidores vinculados en provisionalidad que están salvaguardados por el fuero sindical.*

*Al descender al caso concreto dijo que el accionante es una persona que cuenta con 49 años de edad, vinculado en el cargo de Instructor G08 del Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial del SENA desde el 22 de julio de 2011, quien fue elegido como integrante de la Junta Directiva del Sindicato de la entidad accionada, como Secretario de Derechos Humanos el pasado 27 de agosto de 2019.*

*Además que el 13 de agosto de 2013 le fue le fue practicada calificación de origen dependencia técnica nacional salud ocupacional por parte de la EPS SALUDCOOP en la que se concluyó que padecía “discopatía cervical originada en una enfermedad laboral” y que el 20 de marzo de 2018 la empresa Positiva Compañía de Seguros emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del accionante en el que se reportó una pérdida de capacidad laboral con un valor de cero (0%), por diagnóstico de traumatismos superficiales que afecten otras regiones del cuerpo.*

*Adicionalmente, dijo que “(...) de la abundante historia clínica aportada al expediente puede apreciarse que el accionante padece OBESIDAD, DIABETES MELITUS NO INSULINODEPENDIENTE e HIPERGLICEMIA PURA” (Pág. 9 Archivo 17) y por último que el accionante afirma que a su cargo se encuentran sus dos hijas de 17 y 15 años de edad.*

*Que de acuerdo con lo anterior, no se demuestra perjuicio irremediable que amerite la adopción de medidas de protección por vía de tutela, al respecto sostuvo que “no se trata de una persona de la tercera edad, sino que actualmente el accionante cuenta con 49 años de edad; padece de una enfermedad que no ha sido calificada de manera definitiva como de origen laboral, esto es, una neuropatía y también de diabetes, obesidad e hiperglicemia, sin embargo ninguna de ellas puede ser considerada como catastrófica o discapacitante conforme la jurisprudencia constitucional citada en acápites anteriores. //Ahora bien, respecto de la afectación al mínimo vital el accionante no solo no arguyó razones que permitieran entrever a este Juez constitucional que ello se presentara sino que además no se aportó prueba alguna que así lo demostrara, más allá de la afirmación de que a su cargo se encontraban sus dos hijas menores de edad.” (Pág. 9 Archivo 17).*

*De otra parte, consideró que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos para discutir las determinaciones adoptadas por el SENA, en primer lugar, el actor puede instaurar demanda para obtener la nulidad y restablecimiento del derecho en relación con las decisiones contenidas en las Resoluciones 1-0434 de 14 de abril de 2020 y 295 de 17 de abril del año en curso, en las cuales se dispuso retirarlo del servicio para nombrar en su lugar a quien le asiste el derecho de ocupar ese cargo en carrera al superar todas las etapas del concurso de méritos; proceso judicial en el cual puede solicitar*

*la adopción de medidas provisionales como la suspensión de los efectos de los respectivos actos administrativos.*

*Agregó que la idoneidad de ese medio de control se deduce de lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-691 de 2017, oportunidad en la que el Alto Tribunal señaló: “...la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, **en cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias” (Pág. 10 Archivo 17).*

*Además, que acogiendo lo señalado por el Ministerio Público, en relación con el fuero sindical el actor también cuenta con otro mecanismo judicial para su protección como es la acción especial de reintegro, la cual conforme a lo considerado en sentencia SU-036 de 1999, contempla un trámite sumario y breve, que permite la materialización de las garantías constitucionales invocadas.*

### **III. IMPUGNACIÓN (archivo 20).**

*Inconforme con el fallo de tutela, el accionante impugnó la sentencia; dijo que desde su demanda reconoció la existencia de otros medios de defensa pero, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia SU-691 de 2017, el análisis del Juez de tutela no puede limitarse a la verificación formal de la existencia de medios ordinarios de defensa que contemplen medidas cautelares, sino que deben analizarse las condiciones particulares de salud, económicas, familiares y sociales, lo cual, en su caso, hubiera permitido concluir que se configuraba un perjuicio irremediable.*

*Que, aunque el Juzgado evidenció las patologías que lo aquejan y su condición de padre cabeza de familia, ello no fue valorado al desestimar el perjuicio irremediable, enfermedades de alto impacto o catastróficas y discapacitantes y no acudió a prueba alguna para confirmarlo o descartarlo.*

*Recabó que no pretendía medidas afirmativas por razón del fuero sindical. Concluyó que el Juez se limitó a un análisis formal, que no se ajusta al objeto del debate, en consecuencia, solicitó que fuera estudiado nuevamente el escenario de subsidiariedad analizando sus condiciones de salud y su condición laboral como dirigente sindical, para ser beneficiario de las prerrogativas consagradas en los numerales 1º y 4º del parágrafo 2º y del parágrafo 3º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015.*

#### **IV. CONSIDERACIONES.**

*Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el accionante, contra la sentencia de tutela de 6 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.*

##### **1.4. De la naturaleza de la acción de tutela:**

*La acción de tutela (prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1983 de 2017) es un mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, que permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, siempre que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.*

*Así pues, esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>3</sup>.*

##### **1.5. Del tema de la apelación.**

*De acuerdo con la impugnación y demás elementos que obran en el plenario, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia fue*

---

<sup>3</sup> Sentencia T-012 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*acertada al declarar la improcedencia de la acción de tutela a establecer que no se configura un perjuicio irremediable que haga viable la protección constitucional solicitada.*

*Desde este acápite la Sala considera necesario establecer con plena claridad el alcance no sólo del recurso sino de la solicitud de tutela, dado que del entendimiento de lo pretendido por el actor se desprende análisis diversos y que permitirían corroborar o no la tesis del Juzgado y establecer cuál es la finalidad y objeto de la solicitud de protección constitucional.*

*Advierte la Sala que el accionante no controvierte las decisiones que adoptó el SENA al nombrar a la persona que superó el concurso de méritos para ocupar esa plaza que él ocupaba, pues, solamente pidió la suspensión provisional del artículo que dispuso su desvinculación -el artículo 3<sup>4</sup> de la Resolución No. 15-00295 de 17 de abril de 2020-. En efecto, en el escrito de tutela aseveró el actor “(...) es apenas lógico y **ajustado a derecho** que se efectuó el nombramiento en el cargo de Instructor IDP No. 3759 ubicado en la Regional Boyacá, CENTRO DE DESARROLLO AGROPECUARIO Y AGROINDUSTRIAL, con la persona que de acuerdo con la Resolución 15-00295 de 17 de abril de 2020, conformó la lista de elegibles en firmeza para el cargo en mención// Si bien lo anterior no es **objeto de discusión** (...)” (Pág. 12 Archivo 1) -Negrilla fuera del texto-.*

*Luego de esas afirmaciones el escrito de tutela se centró en la aplicación de medidas afirmativas aplicadas por el SENA luego de establecer que la totalidad de vacantes no serían cubiertas con las personas que superaron el concurso de méritos, en concreto las señaladas en los parágrafos 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> del artículo 2.5.2.3.2. del Decreto 1083 de 2015. Entonces, antes que discutir la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, la inconformidad del accionante se dirige a la omisión del SENA, en su caso, de medidas afirmativas pues, señala, se encuentra en las causales 1<sup>a</sup> por razones de salud y 4<sup>a</sup> por su condición de líder sindical.*

---

<sup>4</sup> Artículo 3. Como consecuencia del nombramiento ordenado en el artículo primero de la presente resolución, el nombramiento provisional del señor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.437.741, quien desempeña el cargo asociado a la IDP No. 3759, denominado instructor, ubicado en Boyacá- Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, de la planta global del SENA, se declarará insubsistente a partir de la fecha en la cual la señora ANGELA YOHANA OREJARENA PEREIRA identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.501.703 tome posesión” (Pág. 29 Archivo 2)

Ahora tal como lo señala el recurso y fue expuesto en el escrito de tutela, tampoco se pretende obtener la protección por fuero sindical, así lo dijo el accionante en el escrito introductorio, a saber: “Por último, es importante aclarar, que en el presente caso no se trata de cuestionar el trámite que debe realizar la entidad en torno a **obtener autorización judicial previa** para levantar la **protección foral** y a través de esa acción retirar del servicio a empleados amparados con **fuero sindical**” (Pág. 26 Archivo 1) -Negrilla fuera del texto- y así lo ratificó en la impugnación (Págs. 4 y 5 Archivo 20).

En estas condiciones, el objeto tanto de la tutela como del recurso se centra en la aplicación de medidas afirmativas lo cual se corrobora conforme se lee en la demanda de tutela, de la siguiente manera:

*“El espectro que en este punto se pretende destacar, es la prevalencia del FUERO SINDICAL Y/O DE LA CONDICIÓN ESPECIAL DE SALUD, cuando exista la posibilidad de trasladar o reubicar el empleo en que se encuentra el aforado o la persona en estado de vulnerabilidad a otro cargo de igual o superior categoría del que venía desempeñando, en aras de reconocer y respetar los DERECHOS FUNDAMENTALES DE ASOCIACIÓN, MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJO.*

*En este sentido, es indudable que existe una diferencia entre el caso de un empleado que desempeña un cargo en provisionalidad y se encuentra EN CONDICIÓN ESPECIAL DE SALUD, ES MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA, PREPENSIONADO O CON FUERO SINDICAL, a quien es necesario terminarle su nombramiento para poder posesionar en el cargo a quien legalmente acreditó el mérito para ser nombrado, sin que existan empleos vacantes, y con esto la posibilidad de trasladar su nombramiento a un cargo de similar de igual o superior categoría, a el caso de un empleado en las mismas condiciones del anterior, pero existiendo vacantes que permiten su continuidad en el ejercicio de sus funciones, como en este caso.*

*Por lo que el retiro de la entidad de un empleado que ostente las condiciones descritas, no puede sustentarse solo en el hecho como causal objetiva, de la posesión en ese mismo cargo de la persona que acredita el mérito requerido para ser nombrado, sino que además es imposible mantenerlo en el servicio, por la inexistencia de vacantes que así lo permitan.*

*Quiere lo anterior decir que lo primero que debe hacer el nominador cuando se le presenta esta situación de tener que posesionar en un cargo a quien acredita el mérito para ello, estando el cargo ocupado por un empleado en provisionalidad, que se encuentre en las condiciones especiales referidas, es estudiar la posibilidad de reubicación en aras del respeto que merece la constitución -sic- y el ordenamiento jurídico en general y solo de no ser posible esta*

*reubicación, hacer uso de la facultad que le confiere las normas arriba expuestas. ” (Pág. 26-27 Archivo 1)*

*Circunstancia que se refuerza con los argumentos esgrimidos en la acción de tutela respecto de la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, en la medida que el actor se refiere a un trato diferencial contenido en la resolución No. 4052 de 2020, en la cual se dispuso el traslado y reubicación de 15 servidores que se encontraban en situación especial, de las referidas en el Decreto 1083 de 2015, destacando el caso de otro líder sindical a quien se le reubicó atendiendo dicha condición, como se lee en el artículo 72 de la referida resolución (Pág. 24 Archivo 2).*

*Así las cosas, la Sala el problema ius fundamental a resolver en el presente caso corresponde, de acuerdo con el escrito de tutela, la impugnación y la sentencia de primera instancia, a establecer **si la acción de tutela es procedente para obtener acciones afirmativas** previstas en el párrafo 3º del artículo 2.5.2.3.2. del Decreto 1083 de 2015, es decir, cuando un servidor vinculado en provisionalidad invoca que se encuentra en el marco de alguno de los supuestos fácticos especiales allí previstos y la entidad accionada no accede a su aplicación pese a existir la posibilidad de reubicación y traslado al no ser cubierta la totalidad de vacantes con la lista de elegibles.*

*Lo anterior, resulta de vital importancia, pues de no ser rediseñado el escenario ius fundamental en los anteriores términos, el trámite desconocería el verdadero alcance de la solicitud tutelar y ello llevaría a reproducir el escenario planteado en primera instancia, estructurado por la entidad accionada y el Ministerio Público, es decir, improcedencia de la acción de tutela por existencia de otros medios de defensa judicial.*

*Ello, bajo el equívoco entendido de que el actor pretendía atacar los actos administrativos de desvinculación e insubsistencia y la inobservancia del fuero sindical, escenario en el cual la tesis del a quo resulta ser acertada pues, en efecto, la improcedencia de la acción de tutela en ese marco ha sido la postura recientemente desarrollada por la Corte Constitucional, ver por ejemplo la sentencia T-554 de 2019<sup>5</sup> (M.P. Doctor Carlos Bernal Pulido), pero **al variarse***

---

<sup>5</sup> En esa oportunidad la Corte Constitucional declaró la improcedencia de la acción de tutela propuesta por un servidor del SENA vinculado en provisionalidad que buscaba atacar los actos administrativos

**el escenario y estructurarse uno nuevo atendiendo en estricto sentido al reproche del actor se impone un análisis diferente que puede dar lugar a decisiones diferentes.**

*Rediseñado el problema jurídico bajo los supuestos que atienden tanto a la solicitud inicial como al recurso, la Sala procederá a estudiar si en este caso se supera los requisitos de subsidiariedad; para ello resulta indispensable, en primer término, establecer si el accionante ostenta la calidad especial que invoca ateniendo los parámetros previsto en la norma que señala desconocida, pues de no ser así inocuo resulta descender a estudiar la vulneración de una norma que le sería inaplicable por no ostentar esa condición especial que impone dicho marco normativo.*

**1.6. De las condiciones especiales invocadas por el actor dentro del marco del Régimen de la Función Pública.**

*El actor señala que el SENA desconoció o mejor inaplicó en su caso, lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, normas que en su tenor literal prevén:*

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

*(...)*

***PARÁGRAFO 2º.** Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*

---

*de desvinculación por encontrarse en condición de pre-pensionado en la medida que fue desvinculado para que en su cargo fuera nombrada la persona que superó el concurso de méritos dentro de la Convocatoria 436 de 2017.*

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

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

Lo primero que advierte la Sala es que, aunque el actor invoca los dos párrafos acabados de citar, lo cierto es que ambos regulan situaciones distintas, el párrafo segundo, hace alusión a cuando existe un número mayor de vacantes al de la lista de elegibles, que es el caso de la convocatoria que ocupa nuestra atención, así entonces, lo primero que debe es descartarse la aplicación del párrafo tercero, pues prevé, un supuesto diferente y es que la lista de elegible sea igual o supere las vacantes a prever.

Ahora, el actor afirmó que se encontraba en dos situaciones especiales, la primera por enfermedad y la segunda por fuero sindical, pero de hecho como lo resaltó el a quo, también refiere que es padre de familia que vela por el sostenimiento de dos hijas menores de edad<sup>6</sup>, entonces se infiere que hace alusión a tres situaciones especiales por las cuales considera que debe ser aplicado el párrafo segundo de la norma en cita como acciones afirmativas.

Acciones que tienen un carácter prioritario, como se desprende del texto normativo analizado, empezando con la enfermedad catastrófica y con condición de discapacidad; al respecto resulta importante traer en cita lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia T-894 de 2013 (M.P. Doctor Jorge Iván Palacio Palacio) sobre el primer grupo de enfermedades, a saber:

**“5. Las enfermedades catastróficas o de alto costo como excepción al sistema de copagos.**

*Como se observó en el acápite anterior, las enfermedades catastróficas o de alto costo constituyen una excepción a la aplicación del sistema de copagos. No obstante, esta Sala de Revisión observa que su definición y*

---

<sup>6</sup> El Juzgado señaló sobre el particular: “Adicional a lo anterior, el accionante afirma que a su cargo se encuentran sus dos hijas de 17 y 15 años de edad” (Pág. 9 Archivo 17).

alcance no es un asunto completamente resuelto dentro de la normatividad nacional.

*5.1 Según manifestó el director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, han sido varias las entidades que históricamente se han encargado de identificar cuáles enfermedades se pueden considerar como catastróficas. En un principio, la competencia para definir las enfermedades ruinosas o de alto costo le fue otorgada al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS-, luego a la Comisión de Regulación en Salud –CRES- y por último, mediante Decreto 2562 de 2012 la competencia fue trasladada al Ministerio de Salud y Protección Social en cabeza de la Dirección de regulación de beneficios, costos y tarifas del aseguramiento en salud.*

*En relación con los criterios para identificar las enfermedades de alto costo, el representante del Ministerio cita la Resolución 5261 de 1994 (también conocido como MAPIPOS<sup>7</sup>) que definió este tipo de patologías como aquellas que “representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”<sup>8</sup>. Nótese como esta definición presenta de entrada un problema normativo, por cuanto la Resolución de marras perdió vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>9</sup>. Actualmente, el plan de servicios POS (tanto para el régimen contributivo como subsidiado) es el contenido dentro del Acuerdo 029 de 2011.*

*El Acuerdo 029 de 2011, por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, no incluye una definición ni los criterios para establecer las enfermedades de alto costo, pero sí presenta el siguiente listado:*

*“Artículo 45. Alto costo. Para efectos de las cuotas moderadoras y copagos, los eventos y servicios de alto costo incluidos en el Plan Obligatorio de Salud corresponden a:*

- 1. Trasplante renal, de corazón, de hígado, de médula ósea y de córnea.*
- 2. Diálisis peritoneal y hemodiálisis.*
- 3. Manejo quirúrgico para enfermedades del corazón.*
- 4. Manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central.*
- 5. Reemplazos articulares.*
- 6. Manejo médico-quirúrgico del Gran Quemado.*
- 7. Manejo del trauma mayor.*
- 8. Diagnóstico y manejo del paciente infectado por VIH.*
- 9. Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.*
- 10. Manejo de pacientes en Unidad de Cuidados Intensivos.*
- 11. Manejo quirúrgico de enfermedades congénitas.*

*5.2 Ahora bien, el concepto presentado por el representante del Ministerio de Salud y Protección Social sugiere restringir taxativamente las enfermedades de alto costo al listado consagrado en los artículos 45*

---

<sup>7</sup> Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

<sup>8</sup> Resolución 5261 de 1994, art. 16 y 17.

<sup>9</sup> Teniendo en cuenta que la Resolución 5261 de 1994 se dictó con fundamento en el Acuerdo 08 de 1994 del CNSSS y que dicho Acuerdo fue derogado de manera expresa por el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud.

y 66 del Acuerdo 029 de 2011, dependiendo del régimen de afiliación. Esta Sala de Revisión no comparte dicha postura por los argumentos que a continuación se desarrollan:

(i) En primer lugar, el artículo 66 se enmarca dentro del título II referente a la cobertura de transición para la población afiliada al régimen subsidiado sin unificación, por lo que el mismo perdió sentido con la unificación de los regímenes en salud, promovido mediante el Acuerdo 032 de 2012 de la Comisión de Regulación de Salud.

(ii) La redacción misma del artículo 45 evidencia que se trata de tipos abiertos (v.gr. manejo del trauma mayor, manejo de pacientes en cuidados intensivos, manejo quirúrgico para enfermedades del sistema nervioso central), los cuales no delimitan estrictamente las tecnologías en salud exceptuadas del sistema de copagos, sino que presentan directrices para la identificación de los servicios que pueden ser considerados como de alto costo.

(iii) Como tercer aspecto, es necesario considerar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está constitucional y legalmente “orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud”<sup>10</sup>. Siguiendo este enfoque, la Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio “pro homine” para fijar el alcance y contenido de un derecho fundamental<sup>11</sup>. Es por ello que ante la ausencia de una definición legal y de los criterios para determinar las enfermedades de alto costo, se hace necesario llevar a cabo una interpretación a favor de los ciudadanos y su derecho a acceder efectivamente a los servicios de salud, en condiciones de equidad.

(iv) Otra característica esencial del sistema del Sistema General de Seguridad Social en Salud está dado por su vocación de actualización. En efecto, la Ley 1438 de 2011 prescribe que el POS “deberá actualizarse integralmente una vez cada dos (2) años atendiendo a cambios en el perfil epidemiológico y carga de la enfermedad de la población, disponibilidad de recursos, equilibrio y medicamentos extraordinarios no explícitos dentro del Plan de Beneficios”<sup>12</sup>. Asimismo, que cada cuatro (4) años el Gobierno Nacional hará una evaluación integral del Sistema General de Seguridad Social en Salud con base en indicadores tales como “la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y en general las precursoras de eventos de alto costo”<sup>13</sup>. Lo anterior, permite inferir que el listado contemplado en el artículo 45 del Acuerdo 029 de 2011 no debe entenderse como un registro taxativo e inmodificable de los eventos de alto costo, sino por el contrario que el mismo debe actualizarse periódicamente con base en los indicadores epidemiológicos y de morbilidad que se realicen en el país, siendo uno de ellos precisamente los eventos de alto costo.

<sup>10</sup> Ley 1438 de 2011, artículo 2.

<sup>11</sup> Por ejemplo, como regla interpretativa de la convenciones internacionales se ha señalado que “(...) en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos” Sentencia C-251 de 1997, C-318 de 1998, C-148 de 2005 y T-760 de 2008.

<sup>12</sup> Ley 1438 de 2011, artículo 25.

<sup>13</sup> Ley 1438 de 2011, artículo 2.

(...)

*En síntesis, existe un vacío normativo en relación con la definición y los criterios para establecer las enfermedades de alto costo<sup>14</sup>. Dicha falencia no puede ser resuelta de forma exegética en contra de la garantía del derecho fundamental a la salud. Además por la naturaleza misma del Sistema General de Seguridad Social en Salud es necesario que el listado de enfermedades consideradas como catastróficas no sea un catálogo estático, sino uno que se actualice en atención a los estudios epidemiológicos del país. -Subraya y negrilla fuera del texto-*

*De acuerdo a lo anterior, tener o no una enfermedad como catastrófica o de alto costo no depende de una descripción taxativa, sino que se trata de un aspecto que debe ser evaluado de manera actual bajo las condiciones particulares aplicando el principio pro homine, y la finalidad de la consagración de la enfermedad como tal, siendo un aspecto importante el hecho que no se trata de una situación estática, sino que resulta variable debe atender entre otros los estudios epidemiológicos.*

*En el caso bajo estudio se estableció que el demandante padece una serie de enfermedades, a saber, el a quo sobre este particular consideró:*

*“De otro lado se constata también que el 13 de agosto de 2013 le fue practicada calificación de origen dependencia técnica nacional salud ocupacional por parte de la EPS SALUDCOOP en la que se concluyó que padecía “discopatía cervical originada en enfermedad laboral” (fl. 208-210).*

*Se advierte también que el 20 de marzo de 2018 la empresa POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del accionante en el que se reportó una pérdida de capacidad laboral CON UN VALOR DE CERO (0%), por diagnóstico de TRAUMATISMOS SUPERFICIALES QUE AFECTEN OTRAS COMBINACIONES DE REGIONES DEL CUERPO (fl. 735-737).*

*Además, de la abundante historia clínica aportada al expediente puede apreciarse que el accionante padece OBESIDAD, DIABETES MELITUS NO INSULINODEPENDIENTE e HIPERGLICEMIA PURA (fl. 629)” (Pág. 9 Archivo 17).*

---

<sup>14</sup> Ello sin mencionar que la noción misma de “alto costo” es en sí misma altamente subjetiva: “Adicionalmente, considera la Corte que el carácter de “alto costo” es un criterio que no sólo debe ser fijado y analizado en cuanto al costo económico de la prestación en salud, sino también en relación con la capacidad de pago del usuario. Por tanto, la Sala considera que el criterio de “alto costo” es un criterio relativo al status socio-económico del ciudadano y su capacidad adquisitiva. En este sentido, bien puede suceder que una prestación en salud tenga un costo económico o precio relativamente alto en términos económicos pero pueda ser sufragada por el usuario, mientras que por el contrario, puede suceder que una prestación en salud no tenga un costo económico alto, pero que no obstante no pueda ser sufragada por el usuario dada su condición económica y capacidad de pago” Sentencia C-463 de 2008.

De acuerdo a lo anterior, en principio, como lo señaló el a quo, no se trata de una enfermedad catastrófica o que genere discapacidad, más aún si se tiene en cuenta lo certificado por la ARL, en el concepto que refiere la sentencia impugnada. De hecho, el no catalogar ninguna de las patologías como de este rango, fue lo que llevó a la entidad a descartar por ese concepto la aplicación de medidas afirmativas inicialmente dispuestas, como lo informó el SENA al contestar la acción de tutela.

No obstante, lo referido, la Sala no pasa por alto que las condiciones normales fueron variadas por la Pandemia derivada del COVID-19, en ese sentido existen estudios que develan que el padecimiento de enfermedades como la diabetes y la obesidad tienen un alto riesgo para muerte en caso de contagio por coronavirus, la Universidad de los Andes en reciente artículo<sup>15</sup>, sobre este aspecto señaló:

*“El médico diabetólogo, Carlos O. Mendiivil, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, explica las razones por las cuales las personas que padecen de obesidad, diabetes o hipertensión, presentan mayores complicaciones al enfrentarse al COVID-19. A medida que aparecen nuevos estudios y se observa la evolución de pacientes con COVID-19 en el mundo, se ha evidenciado que enfermedades como la obesidad, la diabetes y la hipertensión, desarrollan una serie de complicaciones que ponen en riesgo la vida de las personas que se contagian, incluso en los más jóvenes, que requieren ingreso inmediato a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI).”*

*Los pacientes con obesidad presentan un estado crónico de inflamación que, unido a la secreción de citoquinas producidas por el coronavirus, ocasiona una inflamación diseminada en el cuerpo. Esta condición causa problemas pulmonares y esto, a su vez, un colapso multiorgánico que desencadena fallas en riñones, hígado y el sistema nervioso central.*

*Otra comorbilidad frecuente en los pacientes con COVID-19 que desarrollan un estado crítico es la diabetes. Se ha demostrado que quienes padecen esta enfermedad son más proclives a adquirir el virus ya que el estado de elevación de la glucosa en el organismo facilita el contagio de algunas infecciones virales que pueden propiciar consecuencias fatales.*

*Adicionalmente, se ha hablado mucho sobre el consumo de medicamentos para regular la hipertensión arterial y sus efectos relacionados con la COVID-19. "Al inicio de la pandemia se postuló*

---

<sup>15</sup> <https://uniandes.edu.co/es/noticias/salud-y-medicina/obesidad-diabetes-hipertension-alto-riesgo-durante-el-covid19>

*que los medicamentos empleados para tratar la hipertensión arterial podían producir efectos no deseados", cuenta el Dr. Mendivil.*

*Esa hipótesis hizo mucho ruido y generó bastante desinformación. El doctor en Bioquímica Nutricional y Metabolismo de la Universidad de Harvard, recuerda, entre otras cosas, que "algunas personas se alarmaron y dejaron de tomar el medicamento para la tensión, lo cual es igual o más grave que el mismo COVID- 19. Esta teoría, aún, no está científicamente comprobada".*

*Dada la gravedad y el aumento en los índices de mortalidad causado por estas enfermedades durante la pandemia, el Dr. Mendivil recomienda no suspender la medicación en casos específicos.*

*También sugiere asistir oportunamente a los servicios de salud cuando presenten síntomas compatibles como: tos, fiebre, pérdida del sentido del olfato o problemas gastrointestinales, para evitar que la enfermedad sobrepase un punto de no retorno." -Subraya de la Sala-*

**En otro estudio reciente efectuado por el Hospital General en Massachusetts<sup>16</sup>, revela lo siguiente:**

*"Las series de casos identifican sistemáticamente a la diabetes mellitus como un factor de riesgo del COVID-19 grave.*

*En una rápida actualización de la literatura publicada el 28 de abril de 2020, la Dra. Janaki D. Vakharia, fellow de endocrinología de adultos y pediátrica en Massachusetts General Hospital, analiza ese tema y la pregunta relacionada de si tener el COVID-19 hace que las presentaciones de la diabetes sean más graves.*

#### **Datos de observación**

*En todos los estudios pertinentes realizados en China, Italia y los Estados Unidos, excepto uno, la prevalencia de la diabetes en los pacientes con el COVID-19 fue mayor que en la población general. La mayoría de los estudios no distinguieron la diabetes de tipo 1 de la de tipo 2.*

*Además, los pacientes con diabetes parecen tener un mayor riesgo del COVID-19 severo y de muerte. No se ha establecido ninguna relación causal.*

#### **¿Cómo podría la diabetes agravar el COVID-19?**

*Se sabe que la hiperglucemia es capaz de aumentar la gravedad de las infecciones virales. Según estudios in vitro de la influenza, también puede promover la replicación viral.*

---

<sup>16</sup> <http://www.elhospital.com/temas/Relacion-entre-diabetes-y-COVID-19-es-certera.-pero-implicancias-clinicas-aun-no-están-claras+134755>

Otra hipótesis es que la diabetes modula la expresión de la enzima convertidora de angiotensina 2 (ECA2), el principal receptor de la superficie celular para el SARS-CoV-2.

### **COVID-19 y el control de la diabetes**

*La infección aguda es un desencadenante conocido de la cetoacidosis diabética. El COVID-19 puede predisponer a los pacientes a una hiperglucemia y cetoacidosis graves como cualquier otra infección aguda o puede aumentar el riesgo de forma única.*

*Existe la hipótesis de que los coronavirus pueden causar una disfunción transitoria de las células beta, lo que conduce a una hiperglucemia aguda y a una deficiencia relativa de insulina. Esto está respaldado por un estudio de 39 pacientes con SARS sin antecedentes de diabetes. Veinte de ellos desarrollaron diabetes, todos menos dos de forma transitoria. Además, se ha identificado ECA2 en el páncreas de los pacientes con SARS.*

*Podría desarrollarse un círculo de retroalimentación en el que la infección por el SARS-CoV-2 provoca una hiperglucemia grave, lo que lleva a la elevación de la ECA2 en varios órganos, lo que provoca una mayor entrada del virus y una mayor inflamación.*

### **Conclusiones**

*Un estudio adicional revelará si se necesitan protocolos alternativos de control de la glucosa en sangre en pacientes con el COVID-19 gravemente enfermos o si los clínicos deben simplemente trabajar con una mayor conciencia de las posibles complicaciones de la diabetes.” -  
Subraya fuera del texto-*

*Entonces, para la Sala resulta claro que si bien las enfermedades como la obesidad y la diabetes no están relacionadas en principio como catastróficas o incapacitantes, lo cierto, es que éstas si conllevan un alto riesgo de contagio frente a una enfermedad que no solo estaría catalogada como tal sino que además ha sido la causante que se declare a nivel mundial la pandemia, por el alto riesgo de muerte para las personas que la contraen, y los estudios citados señalan que quienes padecen la obesidad y la diabetes están más propensos al contagio y a la muerte con el coronavirus también conocido como COVID-19. Situación que, para abril de 2020, era de conocimiento general, dado que dichas complicaciones han sido expuestas por diversos medios de comunicación, y este aspecto debió ser considerado, en primer lugar, por el SENA cuando se invocaron las mismas como un motivo para aplicación de medidas afirmativas en el caso del accionante, y luego, por el Juzgado al desatar la primera instancia de este proceso.*

*Sin embargo, en uno y otro caso, esta situación pasó desapercibida, debiendo la Sala destacar que si bien el Juez atendió un criterio razonable de exclusión de las enfermedades descritas respecto del primer supuesto normativo contenido en el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, lo cierto es que dicha conclusión, resulta dable arribar en condiciones de normalidad, sin embargo, ante la situación de emergencia y excepcional, la primera pregunta que debe realizarse el Juez y más aún en sede de tutela, es si la situación de la pandemia varía las determinaciones y conclusiones que se adoptarían en estado de normalidad, pues la sociedad espera que sea el Juez el garante de los derechos fundamentales que deben ser reforzados ante la situación anormal, pues la vulnerabilidad de ciertos grupos aumenta en el caso de la pandemia por COVID-19, como sucede respecto de la población obesa y con diabetes.*

*Así las cosas, como ya fuera señalado por esta Sala de decisión en reciente tutela, “(...) una circunstancia extraordinaria como la que vive el mundo requiere de medidas de ese mismo calibre para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales aún en tiempos de pandemia”<sup>17</sup>, pues el Juez no puede ser ajeno a las circunstancias sociales, culturales y económicas que se viven al momento de dictar la sentencia y menos en casos en los cuales las garantías ius fundamentales se encuentran en vilo.*

*En este aspecto resulta importante recordar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-515 de 2012 (M.P. Doctora María Victoria Calle Correa), sobre el papel del juez al desatar cada caso, desatándose la concepción efectuada por el profesor Ronald Dworkin, a saber, en esa oportunidad se dijo:*

*“Una característica del estado constitucional de derecho consiste en que, en virtud del carácter normativo de la Constitución Política y el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales,<sup>18</sup> los operadores jurídicos deben tomar en cuenta la incidencia de sus decisiones de interpretación y aplicación legal en la eficacia de los derechos constitucionales.*

---

<sup>17</sup> Accionante: Mariela Ávila Ávila Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A. Expediente: 15001-33-33-008-2020-00071-01 Acción: Tutela, Sentencia de agosto 10 de 2020.

<sup>18</sup> Sobre el alcance del efecto irradiación, consultar, entre otras, las sentencias C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-214 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-583 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) T-446 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

*No existe sin embargo un estándar plenamente definido que permita al operador jurídico determinar cuándo un caso puede resolverse con absoluta observación de la ley y cuándo su interpretación está plenamente condicionada por los principios de superior jerarquía. Los elementos del caso concreto son los que determinan su relevancia constitucional. Por ello, el filósofo del derecho Ronald Dworkin ha sostenido que existen casos de “prioridad local” y casos que requieren un “ascenso justificativo”. Los primeros, para el autor, son aquellos cuya respuesta está dada por un precedente claro (o, para el caso, por una regla legal); los segundos son los que exigen del operador jurídico abandonar el espacio de regulación “local” de la regla y tomar en consideración normas de superior jerarquía o principios generales del derecho, correspondiéndole al juzgador identificar frente a cuál de las dos hipótesis se enfrenta al momento de la aplicación del derecho.<sup>19</sup> - Subraya fuera del texto-*

*Así las cosas, en este caso concreto por la situación que deriva de la pandemia, considera la Sala que debe aplicarse el denominado “ascenso justificativo”, pues esas condiciones conllevan a que se abandone la concepción habitual y se amplíe el espectro de protección a aquellas personas que por su condición de salud o enfermedades preexistentes son más proclives a contraer una enfermedad que sumado a su estado actual de salud, puede ser altamente fatal y letal y que es la causante de una emergencia sanitaria a nivel mundial y, en su lugar, considerar ese grupo poblacional incluido en la categoría especial prevista en la norma respecto de la cual se solicita sea aplicada una medida afirmativa que le permita al actor continuar en su empleo, dado que existen condiciones que hacen viable que la accionada las adopte.*

*A lo anterior se suma lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia T-1041 de 2001 (M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil), oportunidad en la cual la Alta Corporación consideró que, aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en **situación de debilidad manifiesta**, razón por la cual frente a ellas **también procede la llamada estabilidad laboral reforzada**, por la aplicación inmediata de la Constitución. La sentencia en comento señaló:*

*“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en **situación de debilidad manifiesta**, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a*

---

<sup>19</sup> La justicia con toga. Ronald Dworkin. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Editorial Marcial Pons. Barcelona, 2006. (Ver páginas 28 a 31).

*las normas legales.*<sup>20</sup> Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.

*La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado.*

*En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares (...).”-Resaltado fuera del texto-*

Lo expuesto resultaría suficiente para considerar que el actor se encuentra en el primer grupo poblacional al ser una persona en condición de **debilidad manifiesta** respecto del cual el Decreto 1083 de 2015 prevé medidas afirmativas ante la posibilidad de ser retirado el personal vinculado en provisionalidad ante el eminente nombramiento de la persona que se hizo a derechos de carrera, dado que su condición de salud sumado a la pandemia mundial lo haría sujeto de especial protección constitucional, pero además de ese factor, para la Sala resulta igual de trascendental señalar que en tanto estas circunstancias extraordinarias dificultan el devenir convencional de la vida en sociedad, tal como lo señaló la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en Sentencia C-145 de 2020 (M.P. Doctor José Fernando Reyes Cuartas), oportunidad en la cual se dijo:

“94. Para la Corte no cabe duda de que las dimensiones de la calamidad pública sanitaria y sus efectos en el orden económico y social son devastadoras, al producir perturbaciones o amenazas en forma grave e inminente que impactan de manera traumática y negativamente en la protección efectiva de los derechos constitucionales de millones

---

<sup>20</sup> El artículo 5 de la Ley 361 de 1997 establece que para hacerse acreedores a la protección legal especial que consagra, es necesaria la previa calificación médica que acredite la discapacidad. Dice: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.”

*de personas. Ello se verifica con el volumen de infectados y personas fallecidas, la virtualidad de poner en serio peligro los derechos constitucionales al desconocerse aún la cura del COVID-19, además de las grandes repercusiones económicas y sociales al desequilibrar intensamente la sostenibilidad individual, de los hogares y de las empresas, así como las finanzas del Estado.*

*Y por ello, valga la reiteración, la Corte en esta ocasión sobre los decretos legislativos o de desarrollo de la EES, ejercerá el control constitucional que le corresponde, con una amplia flexibilidad, pues la magnitud de esta crisis no tiene antecedentes en los tiempos recientes, de allí que el escrutinio que haga este Tribunal tendrá en cuenta la amplia capacidad de acción que acompaña al señor Presidente de la República, de cara a los remedios que estime necesarios para conjurar la crisis, en tanto y cuanto estos guarden la razonable conexidad con los hechos que motivaron la declaratoria del EEES.*

*95. Adicionalmente, otras intervenciones dentro del expediente por parte de organizaciones económicas como el Consejo Gremial Nacional<sup>21</sup> y FENALCO<sup>22</sup>, confirman la gravedad e inminencia de los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia. En esta misma línea otras organizaciones internacionales como la OIT<sup>23</sup>, el Comité Monetario y financiero Internacional y el FMI<sup>24</sup>, la OCDE<sup>25</sup> y la*

---

<sup>21</sup> Informa que los impactos económicos que se están produciendo con ocasión de la pandemia afectan: a) el empleo e ingreso sobre los trabajadores más vulnerables, b) la liquidez/sector productivo, c) el sector financiero, d) la tasa representativa del mercado, e) el mercado de deuda pública y f) se agravan con ruptura no prevista en la OPEP.

<sup>22</sup> Presenta un panorama del comercio frente a la emergencia sanitaria indicando que comparte la postura de la OMS y del FMI en cuanto a que la priorización de los gastos en salud debe ir junto con el indispensable apoyo a las necesidades económicas de la población, por lo que salud y economía no se deben observar como asuntos contrapuestos.

<sup>23</sup> El 18 de marzo de 2020 expuso que el COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral y más allá de la inquietud que genera a corto plazo para la salud de los trabajadores y sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica y social repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos: a) la cantidad de empleo, ii) la calidad del trabajo y iii) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

<sup>24</sup> El 27 de marzo de 2020 exponen que se está ante una situación sin precedentes en la que una pandemia se convierte en una crisis económica y financiera, por lo que el producto mundial se contraerá en el 2020. Los países miembros señalan que han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica, siendo necesario hacer más y dar prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en el 2021. Aunque el mayor impacto sanitario ha ocurrido en las economías avanzadas, los países de mercados emergentes y en desarrollo, especialmente los países de bajo ingreso, se verán afectados por la combinación de una crisis sanitaria, una brusca reversión de flujos de capital y caída de los precios de las materias primas. Disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/03/27/pr20114-joint-statement-by-the-chair-of-imfc-and-the-managing-director-of-the-imf>

<sup>25</sup> El 26 de marzo el secretario general de la OCDE anunció que la pandemia del coronavirus está teniendo un alto costo en vidas humanas trayendo consigo la tercera y mayor crisis económica, financiera y social del siglo XXI tras el 11-S y la crisis financiera mundial de 2008. Sin duda la prioridad más urgente es minimizar el número de contagios y muertes, pero la pandemia también ha desencadenado una crisis económica de primera magnitud que lastrará nuestras sociedades durante años. La crisis del COVID-19 ha dejado al descubierto las debilidades de nuestros sistemas de salud, desde el número de camas de cuidados intensivos hasta el número de personal médico y de enfermería, la incapacidad para suministrar suficientes mascarillas y realizar pruebas en algunos países, y las lagunas en la investigación y el suministro de fármacos y vacunas. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/covid-19-acciones-conjuntas-que-propone-lider-de-ocde-para-ganarle-a-pandemia-477396>

CEPAL<sup>26</sup> ratifican los impactos económicos y sociales por la grave calamidad sanitaria mundial.

96. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup> reconoce que los Estados de la región afrontan una situación de emergencia compleja debido a la rápida dispersión del virus del COVID-19 declarado como pandemia, la cual ha afectado a distintos grupos de la población en prácticamente todos los países del hemisferio. Esta situación que afecta la salud de la población, señala la Comisión, determina la respuesta prioritaria de los respectivos sistemas de salud, pero también impacta en otros ámbitos como el desarrollo económico, el trabajo, la educación de niñas, niños y adolescentes, la seguridad, entre otros. Con base en el incremento exponencial de personas contagiadas informa que diversos Estados de la región han declarado inclusive estados de emergencia, estados de excepción, estados de catástrofe por calamidad pública o emergencia sanitaria nacional, a través de decretos presidenciales y normativa de variada naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública, combatir la pandemia y evitar el incremento de contagios<sup>28</sup>” -Subraya la Sala-

Es decir, que la situación de la pandemia no solo afecta el ámbito de la salud, sino otros aspectos relevantes en la vida común como lo son la economía y el trabajo, estas circunstancias no pueden ser ajenas en estos momentos al juez de tutela, pues en condiciones normales, la desvinculación de una persona con obesidad y diabetes de rango de edad del actor, entre los 49 y 50 años, no conllevaba mayor gravedad, pero en el contexto de la pandemia, ello resulta sumamente lesivo, en tanto, a más del riesgo de salud pre anotado, su vinculación y reinserción en el aparato productivo se hace más complejo por esas condiciones, que si bien no lo incapacitan para laborar, si limitan las actividades y acciones que puede desarrollar, lo cual permite concluir que, en el actual escenario, el actor al sufrir esas enfermedades merece una especial protección constitucional, más aún si se tiene en cuenta que de sus ingresos también dependen dos personas menores de edad.

---

<sup>26</sup> El 19 de marzo la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL en comunicado de prensa advirtió que el COVID-19 tendrá graves efectos sobre la economía mundial e impactará a los países de América Latina y el Caribe. Señaló que la pandemia tendrá efectos devastadores sobre la economía mundial, seguramente más intenso y distinto que los sufridos durante la crisis financiera global 2008-2009, y los países latinoamericanos y caribeños serán impactados a través de varios canales. Explicó que la enfermedad pone en riesgo un bien público global esencial como es la salud humana e impactará a una ya debilitada economía mundial, afectándola tanto por la oferta como la demanda, ya sea a través de la interrupción de las cadenas de producción -que golpeará severamente al comercio internacional- o la pérdida de ingresos y ganancias, debido al alza en el desempleo y mayores dificultades para cumplir con las obligaciones de deuda. Disponible en: <file:///C:/Users/CSJ/Documents/re-232.efectos%20del%20covid-19%20sobre%20la%20econom%c3%8da.cepal.html>

<sup>27</sup> Comunicado de prensa. 17 de abril de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>

<sup>28</sup> Según la información disponible, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú han remitido comunicaciones a la OEA notificando la suspensión de garantías en atención a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana.

*En este punto téngase en cuenta que, conforme lo señaló la accionada en su intervención al reseñar la forma como se aplicaron las acciones afirmativas, dijo que agotadas las causales, **los demás empleos que se encontraban vacantes se estaban proveyendo con encargos a personal de carrera**<sup>29</sup> lo cual, si bien obedece a la ley, resulta obligatorio cuando se **hayan satisfecho todas las acciones afirmativas procedentes** y, en cualquier caso, para este aspecto concreto, no se pasa por alto que quienes son encargados, per sé, ya cuentan con un empleo en la entidad.*

*Por lo anterior, la Sala concluye que el actor por las patologías y sus efectos ante el contagio y muerte por COVID-19, hace parte del grupo poblacional con máxima prioridad descrito en el numeral 1º del párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, adicional, a ello, debe decirse que también hace parte del grupo con segunda prioridad, padre cabeza de familia afirmación que se admitirá como cierta pues en contrario nada probó la entidad. Es decir, el actor ostentaría no solo una sino dos de las cuatro condiciones descritas en la norma.*

*Procederá esta Corporación a estudiar el principio de subsidiariedad en materia de tutela bajo las premisas que: (i) el actor no cuestiona las determinaciones contenidas en los actos administrativos, sino el hecho que se hubiera dispuesto su desvinculación pese a que ostentaba condición que lo hacía merecedor de medida afirmativa en los términos del Decreto 1083 de 2015; (ii) no cuestiona la inobservancia del fuero sindical, sino que no se hubiera tenido en cuenta tal condición para aplicar medida afirmativa referida; y (iii) que el actor por las actuales condiciones de la pandemia se encuentra en primer orden de prioridad para aplicar medidas afirmativas del Decreto Único del Sector Función Pública.*

### **1.7. Del principio de Subsidiariedad en materia de tutela.**

---

<sup>29</sup> Pag. 13 Archivo 13 Contestación de la demanda :“...En ese orden de ideas, no resulta viable acceder a la petición del accionante, comoquiera que su retiro se efectuó en cumplimiento de un estricto deber legal que ampliamente ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. Así mismo, es importante mencionar que los cargos que a la fecha se encuentren vacantes en la planta de personal, están siendo provistos a través de encargo de los servidores públicos con derechos de carrera administrativa, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo primero de la Ley 1960 de 2019.

*El artículo 86 de la Constitución Política estableció la acción de tutela como un dispositivo jurídico de naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, a través del cual, se logra el amparo de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.*

*En tal virtud, solo resulta procedente cuando no existen otros medios de defensa a los cuales acudir, o cuando existiendo, no resultan eficaces e idóneos para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pues “(...) la ley determina las competencias para definir cada asunto y por tanto **no puede pretenderse que a través de un mecanismo preferente y sumario como la tutela, se decidan los temas que corresponden de manera específica a otras especialidades (...)**”<sup>30</sup>. – Negrilla fuera del texto original –.*

*Por tal razón, en los eventos en los cuales se presenta la acción de tutela con el fin de debatir temas que corresponden a otras especialidades propias de la jurisdicción ordinaria, corresponde al juez constitucional, analizar la idoneidad o eficacia de los mecanismos ordinarios frente a la situación concreta de quien invoca la protección, a fin de determinar si con el ejercicio de dichos mecanismos se logra el resguardo efectivo de los derechos invocados<sup>31</sup>.*

*La jurisprudencia constitucional ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir decisiones contenidas en actos administrativos en la medida en que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.*

*No obstante, ha admitido la **procedencia excepcional de la acción** en tales eventos cuando se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia de manera correlativa la **ocurrencia de un perjuicio irremediable**, pues en esos eventos, el mecanismo de defensa judicial ordinario – medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.*

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 337 de 2018.

<sup>31</sup> En ese sentido, la sentencia SU-961 de 1999 indicó que, en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz,

*Dicha excepción, adquiere mayor fuerza cuando la acción de amparo es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, debilidad manifiesta, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, situaciones en las cuales, el examen de procedencia de la acción se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.*

*En el caso bajo estudio, lo primero que advierte la Sala en relación con la subsidiariedad, que difiere ostensiblemente de lo considerado por el a quo, como ya se dijo de manera previa a este estudio, el actor no busca atacar la legalidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente y en el cual se dispuso el nombramiento de quien superó todas las etapas de un concurso de mérito, sino la inaplicación de medidas afirmativas pese a estar demostrado que se encuentra en dos de los supuestos normativos señalados en el Decreto 1083 de 2015.*

*No obstante, lo anterior, no quiere decir que no esté atacando un acto administrativo, pues la determinación adoptada al respecto le fue informada por medio de las comunicaciones de 15 de abril de 2020 (Págs. 110-111 Archivo 3) y de 24 de abril siguiente (Pág. 114 Archivo 3), en las cuales la entidad accionada manifestó su voluntad de no aplicar medidas afirmativas en el caso del señor [REDACTED], lo que implica que en efecto está contenida es un acto administrativo, en tanto éste lo constituye toda actuación por medio de la cual la administración exterioriza y plasma su voluntad.*

*Por ello, el examen de subsidiariedad, habrá de ocuparse en primer lugar frente a la idoneidad y eficacia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados, atendiendo lo manifestado en precedencia, al verificarse la condición de debilidad manifiesta del actor y los efectos inmediatos y consumados de su desvinculación, para la Sala aun existiendo la posibilidad de aplicar medidas cautelares al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, concluye que dicho medio de control resulta ineficaz para la protección inmediata de dichas garantías, al respecto señaló*

la Corte Constitucional en un caso de similares contornos al sub lite, en sentencia T-373 de 2017 (M.P. Doctora Cristina Pardo Schlesinger) en la cual se estudió un caso en el que una persona que se encontraba en situación de debilidad manifiesta fue desvinculada de la entidad ante la necesidad de nombrar en su cargo a la persona que superó un concurso de méritos, oportunidad en la que la Alta Corporación dijo:

***“Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad***

*De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.<sup>32</sup>*

*Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.*

*No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.<sup>33</sup>*

*Por lo anterior, la tutela resulta procedente pues los derechos fundamentales de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña requieren de una protección inmediata, que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del*

<sup>32</sup> Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).

<sup>33</sup> Sobre este punto ha dicho la Corte: “[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”. Sentencia T-016 de 2008 MP Mauricio González Cuervo.

derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos, y debido a que la accionante no cuestiona la legalidad del acto por el cual fue desvinculada. De ahí que esta acción no sea idónea y eficaz para evitar su retiro.

Posteriormente, en sentencia de unificación -SU-691 de 2017 (M.P. Doctor Alejandro Linares Cantillo) sobre el papel que juega la nueva concepción del proceso contencioso consignada en la Ley 1437 de 2011, sostuvo que, si bien las medidas cautelares introducidas en esa norma permiten entender que el proceso ordinario es mucho más garantista, su idoneidad y eficacia se ve menguada ante la existencia de un perjuicio irremediable, al respecto, en esa providencia se dijo:

“17. Así, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de “(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos”<sup>34</sup>. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

18. A partir de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de una perspectiva garantista, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos prima facie, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en ese sentido:

“(…) con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe

---

<sup>34</sup> Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057).

*desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues **al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales**” (negrillas no originales)<sup>35</sup>.*

19. *En todo caso, si bien la acción de tutela debe paulatinamente darle un lugar prevalente a los mecanismos ordinarios creados por el legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la eficacia que para la protección de derechos fundamentales ofrece la acción de tutela, con relación a las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Entre ellas, la más relevante es que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho iniciadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben presentarse por intermedio de un abogado y el procedimiento, a pesar de los avances normativos en pro de la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia, se rige por la formalidad y por la regla de la justicia rogada. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad y permite la adopción de fallos extra y ultra petita. Además, las medidas provisionales proferidas por el juez de tutela no requieren de caución por parte del accionante, lo que sí ocurre ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a la suspensión provisional de actos administrativos.*

20. *Todo lo expuesto le indica a la Sala Plena de la Corte Constitucional que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, **en cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.*

*Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe*

---

<sup>35</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01.

considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

*Por consiguiente, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente excepcionalmente cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela, en principio, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.* -Subraya fuera del original-.

En esa misma oportunidad, en relación con los parámetros que debe tener en cuenta el Juez de tutela para comprender que se configura un perjuicio irremediable, se señalaron las siguientes:

***“El riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital***

21. A continuación, la Sala Plena expone las características que la jurisprudencia constitucional ha establecido acerca del riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital.

Al respecto, ha dicho este tribunal que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales<sup>36</sup>.

22. Al respecto, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo<sup>37</sup> o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado<sup>38</sup>.

Por lo general, en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno del derecho al mínimo vital.

<sup>36</sup> Ver sentencia T-309/10.

<sup>37</sup> Al respecto consultar las sentencias T-229/06, T-935/06, T-376/07, T-529/07, T-607/07, T-652/07, T-762/08 y T-881/10 y T-716/13.

<sup>38</sup> Ver sentencia T-881/10.

23. Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, **esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho**. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”<sup>39</sup> (negrillas no originales).

24. En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>40</sup>, que estableció en el artículo 7, así como en el 11, el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...)”, al igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>41</sup>, que establece el derecho a “(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”.

25. Visto lo anterior, para la Sala Plena de la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros. -Subraya fuera del texto-.

En el caso bajo estudio la Sala sin mayor dificultad concluye que en el presente caso, la inminencia, gravedad del daño se encuentra demostrados en tanto, el accionante desde el año 2011, se dedica a las labores como instructor en el SENA, que supone exclusividad dado el carácter docente que en diversos

---

<sup>39</sup> Sentencia T-184/09.

<sup>40</sup> Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

<sup>41</sup> Aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

*pronunciamientos se le ha dado a la misma tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, además la urgencia e impostergabilidad de la tutela y de adopción de medidas afirmativas en el caso del actor surge de su condición de sujeto de especial protección dado su estado de debilidad manifiesta derivada de las particulares circunstancias de salubridad que rodean su situación actual en el marco de la pandemia.*

*Adicionalmente, como ya fue estudiado en líneas precedentes, la situación económica y social por la que se declaró el EESE, aunado a las limitantes que supone contar con preexistencias de alto riesgo de contagio y muerte por COVID-19, ponen en vilo el mínimo vital del actor y su familia, y por ende el derecho a la vida digna, lo cual supone que la tutela en el presente caso, bajo las condiciones señaladas devenga en procedente y desplaza el mecanismo ordinario al carecer este de la idoneidad y eficacia que requiere la adopción de medidas afirmativas en el caso concreto.*

*Ahora superado el escenario de improcedencia por violación del principio de subsidiariedad, la Sala hará alusión a las medidas afirmativas que reclama el actor, al respecto se valdrá de lo señalado por la Corte Constitucional, en las sentencias T-317 de 2017 (M.P. Doctora Cristina Pardo Schlesinger) y SU-691 de 2017 (M.P. Doctor Alejandro Linares Cantillo), en la primera de ellas, sobre este tópico se consideró:*

*“Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia,<sup>42</sup> quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.<sup>43</sup>*

---

<sup>42</sup> En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

<sup>43</sup> Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción

*Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**”.*<sup>44</sup>

*En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.*<sup>45</sup>” -Subraya fuera del texto-

Por su parte en la sentencia de unificación antes referida, la Sala Plena de la Corte Constitucional sostuvo que:

*“Por lo tanto, la administración debe adoptar las medidas afirmativas de protección, siempre que resulte posible o tenga algún margen de maniobra, de tal modo que, se pueda proteger concomitantemente los*

---

*afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.*

<sup>44</sup> Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: “**TERCERO.- ORDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección. La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010**”.

<sup>45</sup> Sentencia T-462 de 2011. (MP: Juan Carlos Henao Pérez).

derechos del prepensionado -entiéndase también quien se encuentra en alguna de las condiciones especiales- y de quien concurso y quedó en lista de elegibles.” -Subraya fuera del texto-

Además de ese soporte constitucional la Sala considera pertinente señalar que, en virtud de estos pronunciamientos, el legislador ha elevado tales garantías a rango de Ley, así puede corroborar en el artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, en la que se previó lo siguiente:

**“ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.** Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 90 de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

**PARÁGRAFO 1o.** Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

**PARÁGRAFO 2o.** Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.” -Subraya fuera del texto-

Sumado a todo lo anterior, resulta necesario e imperioso referirnos nuevamente a que ese tipo de medidas también se encuentran consagradas precisamente en la norma que señala la acción de tutela como incumplida, a saber, el artículo 2.5.2.3.2. del Decreto 1083 de 2015 -Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública-, que establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera.*

*(...)*

*PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

*1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*

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

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

*4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”-  
Subraya fuera del texto-*

Así las cosas, evidenciada la situación del actor y que se encuentra en el **primer orden de prioridad** señalado en esta norma, la Sala considera que la sentencia de tutela de primera debe ser revocada para acceder al amparo deprecado, no sin antes advertir aspectos que resultan importantes destacar en este caso conforme a la respuesta dada por la accionada y los actos administrativos allegados en el trámite de tutela, la argumentación de la sentencia apelada y la impugnación.

El primero de ellos referente, precisamente, a las posibilidades que cuenta el SENA para aplicar las medidas afirmativas, a parte que no fueron cooptadas todas las plazas vacantes por las personas que conforman la lista de elegibles, a más de lo informado al actor en el correo enviado de manera errónea el 17 de abril de 2020 (Pág. 112-113 Archivo 3) se observa en la respuestas que los cargos vacantes se van a proveer por encargo con personas de carrera, lo que supone que cuenta con posibilidad de maniobrar para garantizar el reintegro del accionante en un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba.

*El segundo, se reitera, no se trata de proteger fuero sindical, pero no pasa inadvertido la Sala que se presentó **trato diferencial** que no resulta objetivamente razonable, pues al igual que otro servidor que se incluyó en las medidas afirmativas por ser aforado, tal calidad también la ostentaba el accionante y era conocida por la entidad. Tal medida afirmativa fue anterior a la audiencia de escogencia, entonces, la única diferencia fue que a ese cargo nadie se postuló, lo cual permite inferir que la determinación diferencial se basó en una situación de azar, circunstancia del todo inadmisibles.*

*La medida afirmativa por contar con fuero sindical procedía por sí sola, más claro aun cuando la entidad sabía que no había lista para todos los cargos por proveer y planeaba ocupar las vacantes por el sistema de encargo que, si bien, se reitera, es un estímulo laboral para los servidores de carrera, no hacer uso de ello, no pone en riesgo su mínimo vital, lo cual sí sucedió al desconocer esa condición al actor, sin perjuicio que fuera el último rango de protección del Decreto 1083 de 2015.*

*En virtud de lo anterior, será concedido el amparo del derecho a la igualdad, pero denegadas las pretensiones referidas al derecho de asociación y libertad sindical, pues esa actuación no puso en riesgo dicho derecho fundamental, sino **la igualdad como ya fue reseñado**; por ello se exhortará a la entidad para que atienda de manera preferente **la totalidad de circunstancias descritas en el párrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015**, de manera previa a otros movimientos de personal como el encargo y, además, se ordenará el pago de lo dejado de devengar pues si el derecho a la igualdad no se hubiera trasgredido, el accionante habría mantenido su ingreso sin suspensión desde el 5 de mayo de 2020, fecha de entrega del cargo (Pág. 122-128 Archivo 2).*

*El tercer aspecto, señalar que, si el Juzgado no daba cabida al primer grado de protección, **no podía pasar sin estudio los demás grados de protección**, pues ello resultaba trascendental al momento de la decisión.*

*En suma, entonces, será ordenado que dentro del plazo de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia el SENA, en aplicación de una acción afirmativa, reincorpore al actor en un cargo de igual o superior categoría al que*

venía desempeñando y le cancele los emolumentos salariales dejados de pagar por el lapso en que el accionante ha permanecido fuera del servicio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Revocar la sentencia proferida el 6 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la acción de tutela iniciada por [REDACTED] contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA; En su lugar se dispone:

**Primero.** Tutelar los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, trabajo, e igualdad de [REDACTED], por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje que por intermedio de Jonathan Alexander Blanco Baraona, en su condición de Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA o quien haga sus veces informándolo al proceso: i) En el término perentorio de **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta providencia proceda a **adoptar la medida afirmativa** de reintegro a favor del accionante en un cargo de igual o superior remuneración del que fue desvinculado; ii) **En el término de 48 horas contados a partir del reingreso** cancele los salarios y demás prestaciones dejados de pagar desde la desvinculación del accionante ocurrida el 5 de mayo de 2020.

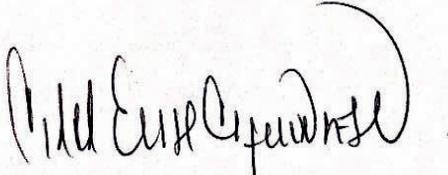
**Tercero.** Negar el amparo de los derechos fundamentales de asociación, libertad sindical.

**Cuarto.** Prevenir al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Coordinación de Grupo de Relaciones Laborales en los términos del artículo 24 del D.L. 2591 de 1991, para que en lo sucesivo atienda de manera preferente **la totalidad de circunstancias descritas en el parágrafo segundo del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015**, de forma previa a otros movimientos de personal, como el encargo.

**Quinto.** Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la Secretaría de esta Corporación.

**Sexto.** En firme la providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual celebrada en la fecha. **Notifíquese y cúmplase,**



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
Magistrada



**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado



**ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

**Hoja de firmas**

Accionante: [REDACTED]  
Accionado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA  
Expediente: 15001-33-33-005-2020-00064-01  
Acción: Tutela