

Implicaciones de la estabilidad laboral para sujetos de especial protección constitucional: madres cabeza de familia y personas en vulnerabilidad por su condición de salud, en el contexto de la provisionalidad¹

Resumen

El artículo examina la estabilidad laboral reforzada de las madres o padres cabeza de familia y de las personas con condiciones de salud vulnerables en el contexto de la provisionalidad en cargos públicos. Se analiza cómo estos servidores públicos, que no han accedido mediante concurso de méritos, enfrentan riesgos de desvinculación y las protecciones constitucionales que les amparan. El texto detalla las condiciones necesarias para que la estabilidad laboral aplique, como la responsabilidad prolongada en el cuidado de dependientes y la ausencia de apoyo económico. Asimismo, se exploran los mecanismos jurídicos disponibles, destacando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de tutela como herramientas para salvaguardar los derechos de estos trabajadores. Se subraya la importancia de recurrir a estos mecanismos cuando la desvinculación amenaza el mínimo vital y genera un perjuicio irremediable. Finalmente, se destaca la falta de regulación clara y el impacto que esto tiene en la administración de justicia, con sentencias que a menudo resultan contradictorias.

Abstract

The article examines the reinforced job stability of single mothers or fathers and individuals with vulnerable health conditions in the context of provisional positions in public service. It analyzes how these public servants, who have not entered through a merit-based selection process, face risks of dismissal and the constitutional protections that safeguard them. The text details the necessary conditions for job stability to apply, such as the prolonged responsibility of caring for dependents and the absence of economic support. Furthermore, it explores the available legal mechanisms, highlighting the means of nullity and restoration of rights and the tutela action as tools to protect the rights of these workers. It emphasizes the importance of resorting to these mechanisms when dismissal threatens the minimum vitality and causes irreparable harm. Finally, it underscores the lack of clear regulation and the impact this has on the administration of justice, often resulting in contradictory rulings.

Introducción

En el ámbito del derecho laboral y administrativo colombiano, la estabilidad laboral es un principio fundamental que garantiza la seguridad y continuidad en el empleo, especialmente para

¹ Valery Dayana López Niño, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, candidata al título de abogada.

aquellos trabajadores que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Este artículo de investigación examina algunas de las implicaciones de la estabilidad laboral reforzada para sujetos de especial protección constitucional, como los son madres o padres cabeza de familia y personas en vulnerabilidad en razón a su estado de salud, en el contexto de la desvinculación de los funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

La provisión de cargos de carrera a través de procesos de meritocracia es un mecanismo clave para asegurar la eficiencia y transparencia en la administración pública. Sin embargo, este proceso también plantea desafíos significativos, especialmente cuando se debe desvincular a funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad y que, debido a su condición de salud o su situación familiar, requieren una protección especial. Este artículo analiza la normativa nacional al igual que los instrumentos internacionales y la postura de la Honorable Corte Constitucional en relación con la desvinculación de personas en provisionalidad en cargos de carrera, destacando la importancia de la estabilidad laboral reforzada en estos contextos y las medidas afirmativas que se pueden aplicar .

Objetivo general

Analizar las implicaciones de la desvinculación de funcionarios en cargos en provisionalidad que son sujetos de especial protección constitucional, padres o madres cabeza de familia y personas con debilidad manifiesta en razón a su condición de salud.

Objetivos específicos

1. Examinar algunas de las sentencias más importantes de la Corte Constitucional en relación con la protección de los derechos laborales de funcionarios en provisionalidad y su impacto en la desvinculación de las personas en un estado de vulnerabilidad.
2. Identificar un medio judicial más adecuado para proteger los derechos a los sujetos de especial protección constitucional que han sido desvinculados de cargos en provisionalidad.

Palabras claves

Provisionalidad, madre cabeza de familia, salud, estabilidad laboral, mínimo vital

La vinculación de personas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa

Para ingresar o ascender en los cargos de carrera administrativa, es necesario cumplir con lo dispuesto en la normativa, que establece un concurso de méritos. Esto está regulado por el artículo 125 de la Constitución de Colombia, el cual señala que los empleos en los distintos

organismos o entidades del estado son de carrera y excepcionalmente los de elección popular y los de libre nombramiento y remoción. Por tal razón, el acceso a estos cargos de carrera se efectúan mediante un concurso público, donde la normativa define las condiciones para evaluar los méritos y cualidades de los postulantes.

El cargo de libre nombramiento y remoción, como se mencionó previamente, constituye una excepción a los principios de mérito y competencias exigidos en la carrera administrativa. Para ejercer esta facultad, debe estar claramente establecido por la normativa que la entidad tiene la autoridad para realizar dicho nombramiento. La característica distintiva de estos puestos es la confianza inherente al desempeño de funciones de dirección u orientación institucional.

El cargo de elección popular está definido con funciones específicas en la legislación y la Constitución. En el artículo 293 de la Constitución, se establece que será la normativa nacional la que determine las cualidades, inhabilidades, incompatibilidades y demás requisitos para estos cargos. Esto implica que los criterios para desempeñar dichos puestos están claramente regulados, asegurando que solo personas que cumplan con estos estándares puedan ser elegidas.

La Ley 443 de 1998 establecía disposiciones relativas a la carrera administrativa. En su artículo octavo, se estipulaba que los encargos y los nombramientos provisionales en caso de vacancia definitiva solo se permitían si ya se había iniciado un concurso para ocupar el puesto. Durante el proceso de selección, los empleados de carrera que cumplieran con los requisitos tenían prioridad para ser designados en esos cargos. Solo en caso de que no fuera viable realizar el encargo, se podía recurrir a un nombramiento provisional.

Sin embargo, dicha normativa fue demandada por inconstitucionalidad ante la Honorable Corte Constitucional. En la sentencia C-942 de 2003, la Corte analizó, entre otros aspectos, el artículo en cuestión. La demandante argumentaba que dicho artículo constituía un privilegio a favor de los empleados de carrera. No obstante, la Corte no encontró mérito en esa argumentación y consideró que sería un esfuerzo significativo para el Estado y la administración abrir concursos cada vez que se produjera una vacante.

Sin embargo, más adelante se promulgó la ley 909 del 2004 que derogaría casi por completo la Ley 443 de 1998 y pondría una nueva disposición en cuanto a la provisión de los empleos por vacancia temporal, de una forma más concreta y de igual manera teniendo en cuenta la figura del encargo de los servidores públicos.

La Ley 909 de 2004 establece las normativas relativas al empleo público, definiendo los distintos tipos de empleos que pueden existir. No obstante, de manera excepcional, se contempla el empleo por vacancia temporal en su artículo 25. En este artículo, la normativa permite que, en casos donde un empleo de carrera quede vacante y no sea posible realizar el trámite de

vinculación conforme a las condiciones estipuladas por la Ley, se podrá designar a una persona en provisionalidad para dicho cargo. Esta designación provisional se permite siempre y cuando no sea posible realizarla mediante la figura del encargo.

Estabilidad laboral reforzada

La Constitución Política de Colombia de 1991, además de ser un hito histórico en su conformación, es un documento que desde su preámbulo enfatiza en los ciudadanos y en sus derechos fundamentales, como el derecho al trabajo. Asimismo, en su primer artículo se estipula que Colombia es un Estado social de derecho, en el cual no solo se consagran derechos, sino que se establecen diversos mecanismos para garantizar su efectividad.

Dentro de esta norma suprema, se encuentran varios artículos referentes al trabajo. En primer lugar, se destaca el artículo 25, que se enmarca dentro del capítulo de los derechos fundamentales. Este artículo no solo hace referencia explícita al derecho al trabajo, sino que también establece la importancia de las condiciones dignas y justas para los trabajadores, así como la protección especial del Estado hacia ellos.

Sin embargo, es el artículo 53 de esta norma, la que en primera medida ordena al Congreso de la república que cree un estatuto del trabajo, el cual deberá contener como mínimo unos principios enunciados en dicho artículo. Y que en segunda medida entre esos principios se encuentra el de la estabilidad en el empleo y el de la protección especial a la mujer, los cuales toman gran relevancia en la presente investigación.

A pesar de que el congreso de la república, en más de 32 años ha omitido realizar este estatuto de trabajo, los principios allí enunciados tienen plena validez para su aplicación en los diferentes procesos jurídicos en los cuales se puedan invocar. Es por esto que en diferentes sentencias de las altas cortes, se incorporan estos principios en sus decisiones, puesto que son de plena aplicación.

Es por esto que la Honorable Corte Constitucional hace un aporte al principio de la estabilidad en el empleo, y dispone lo siguiente (1998):

Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono. (C - 016)

De lo anterior, se enfatiza la indiscutible estabilidad que puede tener un trabajador, independientemente de si trabaja para el estado o para un empleador privado. Es importante distinguir que esta estabilidad proporciona una certeza mínima en el vínculo laboral, y es precisamente esta certeza la que permite al trabajador cumplir con sus diversas obligaciones, sin el miedo que de manera abrupta se termine esa relación laboral.

En cuanto al funcionario en provisionalidad en la carrera administrativa, es importante diferenciarlo de aquellos en cargos de libre nombramiento y remoción. La remoción de un funcionario en provisionalidad se basa en circunstancias estipuladas por la misma norma, como el mérito de una persona que ha pasado el concurso y, por lo tanto, tiene el derecho de ocupar ese cargo. Así, la estabilidad laboral del funcionario en provisionalidad, en principio, está sujeta a lo estipulado en la norma, y solo puede ser desvinculado bajo esas circunstancias.

Sin embargo, existe una distinción en cuanto a la estabilidad laboral cuando el trabajador acredita ciertas condiciones que le otorgan una estabilidad laboral reforzada. Esta distinción nace desde el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, en donde en el inciso tercero del mencionado artículo, se impone una carga al estado en cuanto el estado debe brindar protección especial a aquellas personas que, debido a su situación económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

A partir de esto, las altas cortes, especialmente la Corte Constitucional, ha llevado a cabo un análisis detallado de las diversas situaciones de vulnerabilidad manifiesta que pueden enfrentar los trabajadores. En consecuencia, ha establecido directrices claras y ha otorgado estabilidad laboral reforzada en función de cada una de estas circunstancias. Este enfoque no solo busca proteger los derechos de los trabajadores, sino también promover un entorno laboral más equitativo y justo, garantizando así la dignidad y el bienestar de aquellos en situación de vulnerabilidad.

Dentro de las diversas consideraciones de la Corte, se encuentran protegidas con estabilidad laboral reforzada las personas que cumplan con alguna de las siguientes condiciones:

1. Mujeres embarazadas: Las mujeres en gestación disfrutan de una protección especial que busca prevenir despidos injustificados y asegurar la continuidad de su empleo durante el embarazo y el periodo posterior al parto.
2. Madres cabeza de familia: Las madres que son el principal sustento de su hogar tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada, garantizando así la protección de su empleo y el bienestar de su familia.

3. Trabajadores sindicalizados: Los miembros de sindicatos están protegidos contra despidos y represalias debido a su participación en actividades sindicales, asegurando su derecho a la libre asociación y la defensa de sus intereses laborales.
4. Personas en condición de pre pensión: Aquellos trabajadores que están prontos a cumplir con los criterios para acceder a una pensión de jubilación cuentan con una protección especial para no se de la terminación de su contrato de trabajo antes de alcanzar dicho beneficio.
5. Personas con discapacidad: Los trabajadores con alguna discapacidad gozan de estabilidad laboral reforzada para promover su inclusión y prevenir la discriminación en el ámbito laboral.
6. Personas en estado de debilidad por salud: Aquellos empleados que, debido a condiciones de salud, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, reciben una protección adicional para garantizar su permanencia en el empleo mientras gestionan o se recuperan de su condición.

Estabilidad laboral reforzada de personas en vulneración por su condición de salud , en relación con la desvinculación del cargo en provisionalidad

El derecho a la salud, considerado fundamental a nivel mundial, está amparado tanto por diversos tratados internacionales de derechos humanos como por la Constitución Política de Colombia. Este derecho surge del reconocimiento de la dignidad inherente de cada persona y de la importancia vital que tiene la salud para el desarrollo individual y social.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce el derecho a la salud en el artículo 12. Este artículo estipula que los Estados firmantes se comprometen a asegurar este derecho a todas las personas, no sólo reconociéndose, sino garantizando su acceso al más alto nivel, abarcando tanto la salud física como la mental. Para lograrlo, deben implementar medidas y establecer las condiciones necesarias para proporcionar atención médica y servicios de salud, entre otros aspectos. Colombia aprobó este pacto, el 26 de diciembre de 1968, mediante la ley 74 de 1968

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales también incluye el derecho a la salud en el artículo décimo. En este instrumento internacional, además de las concepciones previamente mencionadas, se otorga a la salud el carácter de bien público. Para garantizar este derecho, se establece la atención primaria en salud, así como la provisión de servicios de salud a todas las personas en el territorio nacional, priorizando la satisfacción de las necesidades de salud de los

grupos vulnerables por motivos de pobreza. Colombia aprobó este protocolo el 20 de septiembre de 1996, mediante la ley 319 de 1996.

En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, los artículos 25 y 26 imponen a los Estados la obligación de adoptar medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud para todas las personas. Esta obligación no se limita únicamente al acceso a la salud, sino que también incluye la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad. Los Estados deben asegurarse de proporcionar servicios de salud de la más alta calidad, accesibles, asequibles y adaptados a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promoviendo su plena inclusión y participación en la sociedad. Este convenio fue ratificado por Colombia el 10 de mayo del 2011.

En la Constitución Política de Colombia, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 49, donde se establece que este derecho se considera un servicio público a cargo del Estado. Se estipula que el Estado debe garantizar no solo el acceso a los servicios de salud, sino también la recuperación y el bienestar de la población. Asimismo, se define la manera en que se debe prestar este servicio, incluyendo la responsabilidad del Estado de implementar políticas efectivas para su ofrecimiento. Además, se enfatiza la importancia de llevar a cabo una vigilancia y control continuos sobre la calidad y eficiencia de los servicios de salud, asegurando que se cumplan los estándares necesarios para el bienestar de la comunidad.

En resumen, el derecho a la salud, está avalado por diversos instrumentos internacionales y la Constitución Política de Colombia, se establece como un principio esencial basado en el respeto a la dignidad de cada persona y su importancia para el desarrollo individual y comunitario.

En las relaciones laborales, el empleado se encuentra en una posición de desventaja frente al empleador, lo que lo hace susceptible a la vulneración de sus derechos. Esta desigualdad ha llevado a que tanto la normativa nacional como los acuerdos internacionales implementen medidas para nivelar dicha disparidad, estableciendo límites a las facultades del empleador que puedan afectar negativamente al trabajador. De esta manera, se busca garantizar un entorno laboral en el que se respeten y protejan los derechos de los empleados, asegurando condiciones justas y equitativas.

En virtud de lo anterior, la Ley 361 de 1997 introduce disposiciones clave para proteger a las personas con limitaciones. Establece que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que no se produzca discriminación alguna en el marco jurídico debido a condiciones físicas, fisiológicas, psíquicas, sensoriales o sociales. En particular, en el ámbito laboral, la ley prohíbe que el empleador despida a un trabajador que se encuentre en una situación de salud sin la debida autorización de la oficina de trabajo correspondiente.

De igual manera, es fundamental señalar que la autorización de la oficina de trabajo no es estrictamente necesaria cuando, como resultado de un concurso de méritos, la persona que ocupa temporalmente un cargo es desvinculada para dar paso al ganador del concurso que ocupará el puesto en propiedad. En estos casos, la desvinculación no se debe al estado de salud del trabajador, sino a la necesidad de cumplir con la normativa que exige que los cargos sean provistos mediante un proceso meritocrático.

No obstante, aunque la desvinculación no esté directamente vinculada con el estado de salud del funcionario en provisionalidad, resulta indispensable que se adopten mecanismos de protección efectivos para estos trabajadores, especialmente cuando atraviesan situaciones de salud complejas. Es imperativo que el Estado mantenga una postura activa en la salvaguarda de los derechos de aquellos que padecen enfermedades. Ignorar estas condiciones no sólo los expone a la vulnerabilidad laboral, sino que, además, aumenta las probabilidades de que queden en una situación de desempleo, lo que agrava aún más su estado de salud y condiciones de vida.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido directrices claras sobre cómo proceder en casos que involucren la desvinculación de funcionarios en provisionalidad. Dichas directrices subrayan que, independientemente de la naturaleza temporal de su vinculación, estos servidores públicos gozan de garantías mínimas que deben ser respetadas. La Corte ha señalado que, antes de proceder con la desvinculación, es indispensable realizar un análisis exhaustivo de las circunstancias particulares del funcionario, considerando especialmente su estado de salud y su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Asimismo, se ha reiterado que las entidades estatales no pueden ignorar estos derechos, y cualquier decisión que afecte a estos trabajadores debe estar debidamente fundamentada, ponderando tanto el interés público como los derechos fundamentales del empleado en provisionalidad.

Es de esta manera que en la sentencia T-373 de 2017, la Corte hace un análisis de la violación de este derecho en el marco de la provisionalidad laboral, enfatizando la necesidad de implementar medidas afirmativas que garanticen la salud y una vida digna para quienes ocupan cargos temporales.

La Corte Constitucional, en la sentencia previamente citada, realiza un análisis exhaustivo del caso en relación con la protección de los funcionarios en provisionalidad que son sujetos de especial protección constitucional. En este análisis, la Corte reconoce la interdependencia entre el empleo público y los derechos fundamentales involucrados, como el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, establece que se debe realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos afectados y los principios que rigen la carrera administrativa, garantizando un equilibrio justo y equitativo.

La Corte menciona el artículo 13 de la Constitución, que en sus incisos segundo y tercero establece el mandato del Estado de proteger a las personas que, debido a sus diversas condiciones, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Asimismo, el artículo ordena al Estado adoptar medidas de protección para grupos marginados. Por lo tanto, a las personas que acrediten condiciones como un mal estado de salud o situaciones de discapacidad, que afecten su desempeño laboral, se les debe otorgar un trato preferencial y se deben implementar acciones afirmativas para garantizar su protección.

Por lo tanto, la Corte ha establecido que, antes de proceder al nombramiento de las personas que, de acuerdo con el concurso de méritos, se encuentran en la lista de elegibles para su vinculación, se debe reubicar en un cargo vacante al funcionario que ocupa el puesto en provisionalidad y que es sujeto de especial protección constitucional. Este funcionario debe ser asignado a una posición similar o de la misma jerarquía que venía desempeñando, siempre y cuando demuestre una de las condiciones que justifican su protección, tanto en el momento de su desvinculación como en el momento del posible nombramiento.

En la sentencia T 373 del 2017, después de hacer todo el análisis del caso, y antes de dar el fallo, la corte da otra posibilidad, para el funcionario en provisionalidad que no logre ser vinculado nuevamente, para proteger el acceso a la salud la Corte Constitucional indica que (2017):

Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador. (T - 373, 2017)

A partir de lo expuesto, surge un escenario distinto respecto a la posibilidad de afiliación del funcionario desvinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es crucial que se garantice al trabajador la continuidad de su afiliación para que pueda seguir accediendo a los servicios médicos necesarios, especialmente en casos donde enfrenta enfermedades graves o catastróficas. Esta medida es fundamental para asegurar que el trabajador mantenga el acceso a los tratamientos y cuidados médicos esenciales durante el proceso de desvinculación.

Estabilidad laboral reforzada de madre cabeza de familia en relación con la desvinculación del cargo en provisionalidad

Las madres o padres cabeza de familia son fundamentales para la economía del hogar y responsables del cuidado de sus hijos y/o dependientes. Además de su ardua labor en el hogar, muchas de ellas deben enfrentar desafíos significativos en el mercado laboral, como la

discriminación de género, la inestabilidad laboral y la falta de acceso a empleos bien remunerados. La Constitución de 1991 reconoce y protege sus derechos. Esta protección constitucional busca asegurar que estas mujeres puedan ofrecer un entorno estable y seguro para sus familias, promoviendo la equidad y la justicia social en el país.

La protección a la mujer cabeza de familia se encuentra consagrada en la norma suprema de la siguiente manera: "el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia" (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 43). En virtud de este mandato constitucional, la Corte Constitucional ha incluido a la mujer cabeza de familia dentro de las categorías de estabilidad laboral reforzada. Esta inclusión no se realiza de manera arbitraria, sino que se fundamenta en los postulados establecidos en la Constitución, asegurando así la protección y el apoyo especial que estas mujeres requieren.

Sin embargo la condición de madre cabeza de familia para que ésta constituya una estabilidad laboral reforzada debe estar plenamente demostrada, de acuerdo a unos criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es así que se toma como referencia la sentencia T-316/13, en la que desarrolla estas condiciones .

1. Tener la responsabilidad de cuidar a hijos menores de edad o a otras personas que, debido a condiciones de salud, estén incapacitadas para trabajar y sostenerse por sí mismas.
2. Que esta responsabilidad se extienda de manera prolongada en el tiempo.
3. Que, en caso de ausencia de la pareja, se acredite no solo la separación o ausencia, sino también que dicha persona efectivamente no está cumpliendo con sus obligaciones del hogar y como padre.
4. Que, si la pareja no asume la correspondiente responsabilidad, se detalle el motivo, como la incapacidad o el fallecimiento.
5. Que no reciba asistencia de ningún otro miembro de la familia que satisfaga el mínimo vital del hogar, especialmente en relación con las personas a su cargo.

Es crucial analizar el riesgo de un daño irreparable cuando se vulnera el derecho al mínimo vital, pues este principio asegura las condiciones fundamentales para una vida digna. Al verse afectado, no solo se perjudican los recursos económicos necesarios para cubrir necesidades básicas como el sustento, la vivienda o la salud, sino que también se pone en riesgo la estabilidad y el bienestar general de la persona y su entorno familiar. Proteger el mínimo vital es esencial para evitar que alguien quede en una situación de vulnerabilidad que comprometa su dignidad y sus condiciones de vida de manera irremediable.

Este derecho está consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se señala la responsabilidad de garantizar a todas las personas y sus

familias condiciones de vida adecuadas que les permitan gozar de un bienestar completo. Esto incluye, entre otros aspectos, la provisión de una vivienda digna, alimentación suficiente y vestimenta adecuada. Asimismo, se subraya la importancia de brindar apoyo en situaciones de vulnerabilidad, como el desempleo o problemas de salud, con el fin de preservar la dignidad y el bienestar de los individuos.

Del mismo modo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7, aborda este derecho desde el enfoque de la remuneración laboral. Establece que los trabajadores deben recibir un salario que garantice, como mínimo, unas condiciones de vida dignas, no solo para ellos sino también para sus familias, cubriendo sus necesidades básicas de manera adecuada y asegurando su bienestar integral.

Es por esta razón que la Honorable Corte Constitucional en la sentencia de unificación 691 de 2017, analiza la posible afectación de este derecho, en el contexto de las madres o padres cabeza de familia. Al respecto estipula que este perjuicio irremediable se verifica en cada caso de manera particular, en el que de manera genérica pone unos lineamientos para hacer el abordaje en específico.

- I.* La inminencia del daño, que se trate de una amenaza, de un daño irreparable que está a punto de ocurrir; es decir, un peligro inminente que puede causar un perjuicio grave e irreversible, y que requiere de una intervención urgente para prevenir sus consecuencias devastadoras.
- II.* La gravedad, lo que conlleva que el perjuicio o detrimento material o moral al patrimonio legal de la persona que pueda acontecer sea de significativa gravedad.
- III.* La urgencia, lo que demanda la adopción de medidas inmediatas o expedientes para mitigar la amenaza, salvaguardando así la integridad y los derechos de las personas afectadas.
- IV.* La impostergabilidad de la tutela, que requiere la urgencia de acudir al amparo de la acción de tutela como un recurso ágil y esencial para salvaguarda de los derechos fundamentales.

Así, la Sala Plena de la Corte Constitucional establece estos lineamientos, pero también hace una consideración específica que no se limita únicamente a los casos de madres o padres cabeza de familia. Esta consideración se extiende a quienes cuentan con pre-pensión y han sido desvinculados de su empleo. En caso de acudir a la acción de tutela, se deberá verificar que no posean bienes inmuebles, que no reciban apoyo económico de su pareja sentimental ni ingresos adicionales que puedan sopesar su situación.

Es relevante destacar que la Corte ha enfatizado en diversas oportunidades que, aunque la madre o padre cabeza de familia cuenta con una protección especial, también se reconoce el

derecho de quienes participan en el concurso de méritos y forman parte de la lista de elegibles. La Constitución Política, en su artículo 125, establece que el acceso a los empleos de carrera se debe realizar cumpliendo previamente los requisitos y condiciones fijados por la ley, siendo esta reglamentada mediante el concurso de méritos. En consecuencia, la Corte reconoce que, si bien la madre padre cabeza de familia goza de una cierta estabilidad laboral, dicha estabilidad es relativa cuando accede a un cargo de carrera en provisionalidad y no mediante el concurso de méritos que la norma dispone.

Sin embargo, esto no implica que la entidad tenga la facultad de desvincular a una trabajadora madre cabeza de familia sin considerar acciones a su favor. En este sentido, la sentencia SU 691 de 2017 establece que, antes de proceder a la desvinculación, la entidad debe evaluar la posibilidad de ubicar a la madre cabeza de familia en otras vacantes que no hayan sido ofertadas, asegurando así su permanencia laboral. Asimismo, debe garantizar también la vacante en el cargo que ha sido asignado al ganador del concurso.

Por lo tanto, la Corte ha establecido que, en caso de no existir la opción de vincular a la trabajadora en otro cargo disponible, la entidad deberá considerar su desvinculación como último recurso. Además, se enfatiza que esta medida debe tomarse sólo después de haber agotado todas las posibilidades razonables de reubicación o ajuste del puesto de trabajo, garantizando en todo momento los derechos fundamentales de la trabajadora .

Medios jurídicos aplicables a la protección de servidores públicos en provisionalidad

Como se ha relatado anteriormente, en el contexto de los funcionarios nombrados en provisionalidad que cuentan con protección constitucional debido a sus condiciones especiales, y las personas que participan en el concurso de méritos para acceder al empleo en propiedad, se generan conflictos entre ambos grupos. Esto se debe a que la actuación de las entidades no es del todo clara en cuanto a la aplicación de las normativas correspondientes.

Un mecanismo que podrían utilizar los funcionarios cuyo nombramiento ha sido terminado, en razón a que la plaza debe ser ocupada por el ganador del concurso de méritos , es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto se basa en que, de acuerdo con la jurisprudencia y la normativa, en especial el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, estipula que por medio de ese medio de control se puede buscar la nulidad del acto administrativo asimismo el restablecimiento del derecho, así como la reparación del daño causado.

Este recurso resulta ser el más adecuado para los funcionarios que consideren que sus derechos han sido vulnerados y, de acuerdo con la normativa aplicable, estimen que procede la

nulidad y el restablecimiento del derecho. Dichos funcionarios pueden presentar su solicitud ante el Juez de lo Contencioso Administrativo. Así lo ha determinado la Corte en diversas sentencias, destacando en particular la Sentencia T-554 de 2019, que no solo establece el medio de control aplicable a estos casos, sino que también vislumbra que en el trámite de este proceso, el demandante puede solicitar en cualquier momento medidas cautelares, como la suspensión del acto administrativo o el nombramiento en provisionalidad en otro cargo, mientras se resuelve el asunto.

Este recurso judicial puede ser adecuado según las circunstancias del funcionario en provisionalidad. Por ejemplo, si no ha transcurrido un período superior a cuatro meses desde la notificación del acto administrativo, es posible interponer esta demanda. Asimismo, dentro de este mismo plazo, si se ha intentado utilizar otro recurso judicial, como la acción de tutela, pero no ha resultado eficaz, se puede proceder con la demanda correspondiente.

No obstante, existe un mecanismo judicial más expedito que podría ser utilizado, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes. En todos los casos examinados, el medio judicial que se empleó para iniciar el trámite y estudiar los diferentes casos fue la acción de tutela. Esta acción constitucional ha sido recurrentemente aplicada, y la Corte ha definido los parámetros específicos para su procedencia.

En ese sentido, la Corte ha establecido que para que proceda la acción de tutela contra actos administrativos de desvinculación de funcionarios en provisionalidad, es viable recurrir a este mecanismo constitucional, siempre que los otros medios de defensa disponibles no sean eficaces ni idóneos, y se evidencie la vulneración de un derecho fundamental. Además, debe existir un perjuicio irremediable que pueda materializarse. Por esta razón, la acción de tutela puede ser presentada de manera excepcional en estos casos.

Para que esta acción constitucional se haga efectiva, es esencial subrayar que el perjuicio irremediable se define a partir de ciertos elementos. En primer lugar, debe existir una amenaza real e inminente; en segundo lugar, el daño debe estar próximo a ocurrir; y, finalmente, es necesario que la protección se brinde de manera inmediata para evitar que se materialice el daño y se cause una afectación irreparable.

La procedencia de esta acción de tutela se fundamenta en varios elementos clave, los cuales incluyen los mencionados anteriormente. En primer lugar, debe existir legitimación, lo que implica que tanto el accionante como el accionado estén debidamente legitimados. Es decir, el primero debe ser titular de los derechos que alega como vulnerados, y el segundo debe ser el responsable de dicha vulneración. En segundo lugar, se requiere inmediatez, lo que significa que la acción debe presentarse lo más pronto posible. Aunque algunas sentencias de la Corte establecen un plazo máximo de tres meses, esto puede variar dependiendo del caso específico y

la gravedad de la afectación alegada. Por último, está el principio de subsidiariedad, que exige que no exista otro medio judicial adecuado para resolver el conflicto. Este requisito se relaciona con la necesidad de evitar un perjuicio irremediable y la falta de otras vías idóneas para solucionar la situación planteada.

Conclusiones

La investigación evidencia que las madres o padres cabeza de familia y las personas con condiciones de salud vulnerables requieren un reconocimiento especial en el ámbito laboral, ya que su estabilidad laboral es crucial para su bienestar y el de sus familias. Por lo tanto la desvinculación de funcionarios en provisionalidad presenta una serie de desafíos legales y éticos, lo que resalta la necesidad de una atención más cuidadosa por parte de las entidades públicas al tomar decisiones de desvinculación.

La implementación de acciones afirmativas no solo constituye un mandato legal, sino que también representa una estrategia efectiva para promover la inclusión y garantizar los derechos de los trabajadores en condiciones de vulnerabilidad. No obstante, en la práctica, las entidades frecuentemente no activan estos mecanismos afirmativos para abordar la situación de los funcionarios en provisionalidad que gozan de protección constitucional. Como resultado, en la mayoría de los casos, es necesario recurrir a instancias judiciales para salvaguardar tales derechos.

Por lo tanto, considero que la acción de tutela se presenta como un mecanismo fundamental para la protección de los derechos de los funcionarios desvinculados, permitiendo una intervención judicial rápida ante situaciones de riesgo y vulneración de derechos. No obstante, es esencial analizar cada caso en particular y las circunstancias que lo rodean, ya que si no se logra demostrar un perjuicio irremediable, es probable que la tutela no sea procedente. En consecuencia, tras lo expuesto, estimo que, de existir la posibilidad de que la acción de tutela prospere, esta debe interponerse; en caso contrario, se puede recurrir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, buscando así la protección efectiva de los derechos de estos funcionarios.

No obstante, existe una carencia de regulación específica para abordar este tipo de situaciones. En la práctica, se recurre a las interpretaciones de las sentencias de las altas cortes, lo que genera ambigüedad en la aplicación de las normas. Esta falta de claridad puede perjudicar la administración de justicia, ya que sobre un mismo tema pueden emitirse fallos con resoluciones contradictorias, ya sean favorables o desfavorables.

Referencias

Asamblea Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Corte Constitucional.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (1968). *LEY 74 DE 1968*. SUIN-Juriscal.

<https://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 319 de 1996 - Gestor Normativo*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37867>

Congreso de la República de Colombia. (1997). *Ley 361 de 1997 - Gestor Normativo*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=343>

Congreso de la República de Colombia. (1998). *Ley 443 de 1998 - Gestor Normativo*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=190>

Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 909 de 2004 - Gestor Normativo*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861>

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011 - Gestor Normativo*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-942 de 2003 Corte Constitucional - Gestor Normativo*. Función Pública.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10775>

Corte Constitucional. (1998). *C-016-98 Corte Constitucional de Colombia*. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-016-98.htm>

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-316/13*. Corte Constitucional de Colombia.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-316-13.htm>

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia SU691/17*. Defensoría del pueblo Colombia.

https://forseti.defensoria.gov.co/gestor/compilacion/docs/su-691_2017.htm

Corte Constitucional. (2017). *T-373-17 Corte Constitucional de Colombia*. Corte Constitucional.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-373-17.htm>

Corte Constitucional. (2019). *Sentencia T-554/19*. Corte Constitucional de Colombia.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-554-19.htm>

Naciones Unidas. (1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* | Naciones Unidas. the United Nations.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. ohchr.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ohchr.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>

Organización de los Estados Americanos. (1988). PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

<https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

