

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01

Acción de Tutela

FALLO

Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

Se decide la impugnación oportunamente presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 28 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual denegó la tutela de los derechos fundamentales cuya protección reclamaba el señor JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ y amparó su derecho fundamental de petición, en los siguientes términos:

***“PRIMERO: NO TUTELAR** los derechos de dignidad humana, mínimo vital, estabilidad laboral de personas en estado de debilidad manifiesta, a la salud y a la familiar del señor **JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ (...)**, aducidos como vulnerados por la Secretaría de Educación Municipal de Popayán y la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

***SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental de petición** al señor **JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ (...)**, vulnerado por la Secretaría de Educación Municipal de Popayán.*

***TERCERO: ORDENAR** al Secretario de Educación Municipal de Popayán, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, dé respuesta de fondo a la petición de 04 de junio de 2015, si aún no lo hubiere hecho, presentada por el señor **JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ (...)**”*

I.- LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1.- El señor **JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ** interpuso acción de tutela, a fin de que se le protejan sus derechos fundamentales **al trabajo, a la igualdad, a la estabilidad laboral de personas en estado de debilidad manifiesta, a la salud y a la familia**, los cuales considera vulnerados por la Secretaría de Educación Municipal

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

de Popayán y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al disponer la provisión del cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, sin tener en consideración su condición de persona en estado de debilidad manifiesta.

I.2- La vulneración de los derechos invocados, es inferida por el accionante, en síntesis, de los siguientes hechos:

1º: Manifiesta que el 14 de febrero de 2014, ingresó a laborar como docente, en provisionalidad, en la Institución Educativa Técnico Industrial de la ciudad de Popayán, hasta que éste se proveyese por medio de concurso de méritos.

2º: Indica que en el transcurso de la relación laboral, se le desarrolló nuevamente la enfermedad ósea denominada "*osteogénesis imperfecta*", la cual hace que su sistema óseo tenga una alta probabilidad de fracturas a mínimo impacto; lo que afecta su calidad de vida pues no puede realizar las funciones motrices a cabalidad.

3º: Afirma que la enfermedad que padece está catalogada como una enfermedad huérfana¹ por ser de rara ocurrencia y no contar con cura ni tratamiento establecido, situación regulada por la Ley 1392 de 2010.

4º: Pone de presente informó de su condición médica a su empleador, por lo que el Magisterio realizó un concepto médico² en donde se indicó que se deben tomar las medidas necesarias para disminuir la exposición a factores de riesgo ergonómico en el puesto de trabajo.

5º: Señala que mediante Circular 114 de 9 de junio de 2015, el Secretario de Educación Municipal informó que la CNSC realizaría audiencia pública para la provisión de cargos docentes y directivos docentes en la Secretaría de Educación del Municipio de Popayán, dentro de los cuales

¹ De conformidad con lo establecido en la Resolución 00430 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud.

² Folio 17 del expediente

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

se encuentra el que él ocupa.

6º: Aduce que se encuentra en estado de debilidad manifiesta y, por tanto no puede ser desvinculado de su cargo, pues no ha sido calificada su pérdida de capacidad laboral y no tiene acceso a una pensión de invalidez.

En consecuencia, solicita:

“PRIMERO.- Se TUTELE mis derechos fundamentales a la dignidad humana (artículo 10 Constitución Política), mínimo vital (artículo 53 Constitución Política), a la estabilidad laboral de personas en estado de debilidad manifiesta (artículos 1º, 48 y 53, Constitución Política), a la salud (artículo 48 Constitución Política) y a la familia (artículos 42 y 44 de la Constitución Política), puestos en peligro por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Secretaría de Educación Municipal y la Alcaldía de Popayán.

SEGUNDO.- Como consecuencia, ORDENE la CNSC, a la Secretaría de Educación Municipal y a la Alcaldía de Popayán, SUSPENDER la provisión del cargo que actualmente ocupo, denominado “Docente de aula de la Institución Educativa Técnico Industrial”.

TERCERO.- En caso que no se pueda acceder a la anterior pretensión se ORDENE a la CNSC, a la Secretaría de Educación Municipal y a la Alcaldía de Popayán, REUBICARME en un cargo similar en la ciudad de Popayán, con el fin de proteger mis derechos fundamentales (...).”.

II. TRÁMITE DE LA TUTELA

Con auto de 15 de julio de 2015 (fls. 30 - 31), se admitió la tutela, se decretó la medida cautelar solicitada³ y se ordenó la notificación a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Municipio de Popayán – Secretaría de Educación, en calidad de accionados.

³ La medida cautelar decretada en el numeral segundo de la parte resolutive del Auto de 15 de julio de 2015, determinó **“ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al MUNICIPIO DE POPAYÁN – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, que de manera inmediata y hasta tanto se profiera sentencia dentro de este asunto, EXCLUYA de la “Audiencia Pública para la Provisión de Cargos Docentes y Directivos Docentes del Municipio de Popayán”, el cargo que actualmente ostenta el actor, es decir, “docente de aula” de la Institución Educativa Instituto Técnico”.**

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

Mediante Auto 319 de 16 de julio de 2015 (fl. 37), el Tribunal Administrativo del Cauca solicitó al Grupo de Consultas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, emitir concepto relativo a si una enfermedad huérfana, como la que padece el actor, podría catalogarse para todos los efectos legales como una enfermedad catastrófica.

De otro lado, por Auto 325 de 22 de julio de 2015, ese Tribunal ofició a la Secretaría de Educación del Municipio de Popayán, a fin de que certificara el número de cargos a proveer (vacantes ofertadas) para el área educativa de Ciencias Naturales y Educación Ambiental en la ciudad de Popayán, cuántas personas conformaban la lista de elegibles, cuántas personas aceptaron el cargo y si quedó desprovisto algún puesto por renuncia o no aceptación.

La medida cautelar no pudo ser ejecutada porque la providencia que la ordenaba, fue notificada a la Comisión Nacional del Servicio Civil después de haberse realizado la Audiencia de Provisión de Cargos.

Realizadas las notificaciones a las entidades vinculadas, éstas intervinieron en los términos que a continuación se exponen:

II.1. INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Mediante memorial de 21 de julio de 2015 (fl. 84), el doctor VICTOR HUGO GALLEGU CRUZ, en su condición de Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que es la Secretaría de Educación Municipal, como nominador del cargo del actor, a quien le compete establecer las medidas de protección a quienes se encuentren en condición de debilidad manifiesta.

Por lo anterior, pone de presente que es el ente territorial quien deberá, en caso de que tal circunstancia se presente respecto del cargo del actor, estudiar si puede dar aplicación al Decreto 1227 de 2005, en el artículo 7, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, que dispone:

“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

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01

Acción de Tutela

FALLO

Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

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 pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”*

Por lo anterior, insiste en que, de los hechos que motivaron la presentación de la tutela, no se advierte que la CNSC sea quien provocara la presunta vulneración de los derechos deprecados por el actor, y solicita la declaratoria de improcedente de la tutela.

II.2. INTERVENCIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE POPAYÁN. A través de memorial de 23 de julio de 2015 (fl. 43), el doctor LUIS GUILLERMO CÉSPEDES SOLANO, en su condición de Secretario de Educación del Municipio de Popayán, manifestó que al actor no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno, puesto que, desde el momento de su nombramiento en provisionalidad (14 de febrero de 2014), en el cargo de carrera de docente en el Instituto de Educación Técnico Industrial, se le advirtió que éste se mantendría *“hasta cuando se provea el cargo por medio de concurso, nombramiento en período de prueba o en propiedad de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso”*.

Refiere que mediante Acuerdo 235 del 2 de octubre de 2012, se realizó la apertura de la Convocatoria 191 del mismo año, para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de Preescolar, Básica, Media y Orientadores en establecimientos educativos oficiales que prestan sus servicios en el Municipio de Popayán, en la que se ofertó el empleo en el que se había efectuado posteriormente el nombramiento en provisionalidad del actor.

Como resultado de dicha convocatoria, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en Resolución 1304 del 8 de abril de 2015, conformó la Lista de Elegibles, para proveer la vacante de docente de Ciencias Naturales y Educación Ambiental (donde se ofertaban 12 cargos), la cual quedó integrada por 15 docentes, ocupando el primer puesto el señor EYDER ALEXANDER DORADO SANTA.

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

Anotó que el 16 de julio de 2015, a las 8:00 de la mañana, se dio inicio a la Audiencia Pública para la escogencia de la plaza para los docentes que conformaban la lista de elegibles para proveer los 12 cargos de docente de Ciencias Naturales y Educación Ambiental en los diferentes establecimientos de educación de la ciudad de Popayán, incluyendo el desempeñado por el señor Javier Andrés Bernal López.

Puso de presente que la medida cautelar ordenada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que dispuso la suspensión del proceso de provisión del empleo que desempeñaba el actor con la lista de elegibles, no pudo ejecutarse porque para el momento en la cual fue notificada, ya se había realizado la audiencia. Además, si bien el actor por su nombramiento en provisionalidad goza de una estabilidad relativa, su derecho debe ceder frente al mejor derecho que ostentan aquellos que conforman la lista de elegibles.

Desmintió que la enfermedad del actor se hubiere generado o desarrollado con ocasión de la relación laboral pues es una condición congénita que padece desde el primer año de vida, tal y como se evidencia de la historia clínica aportada por el tutelante.

Por todo lo expuesto, solicita denegar el amparo solicitado en razón a que no se le han vulnerado los derechos fundamentales al actor.

III.- EL FALLO IMPUGNADO

Mediante providencia de 28 de julio de 2015 (fls. 122 a 128 vlto.), el Tribunal Administrativo del Cauca, negó el amparo de los derechos deprecados por el actor pero tuteló el derecho fundamental de petición, al considerar que la Secretaria de Educación Municipal de Popayán no había dado respuesta a la solicitud elevada por el actor, el 4 de junio de 2015.

El Tribunal Administrativo del Cauca tomó la decisión referida, con base en los argumentos que a continuación se exponen:

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

Adujo que no se evidencia vulneración alguna de derechos fundamentales, por cuanto se encontró demostrado que, a pesar de la condición de salud que aqueja al actor, no pueden aplicársele las normas relativas a la estabilidad laboral reforzada porque la lista de elegibles era superior al número de vacantes ofertadas; y aquellos ostentan un mejor derecho que el actor, puesto que acceden al cargo por mérito al haber concursado y pasado las pruebas de la Convocatoria para proveer el empleo.

Sin embargo, al encontrar que el actor elevó una solicitud a la Secretaría de Educación del Municipio de Popayán y que no reposa en el expediente documento alguno que indique que ya recibió respuesta, le ampara el derecho de petición para que dicha entidad atienda la petición efectuada por el tutelante el 4 de junio de 2015.

IV.- LA IMPUGNACIÓN

En escrito radicado el 3 de agosto de 2015 (fols. 142 a 149) la parte actora apeló la providencia de 28 de julio del mismo año, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, reafirmando la procedencia de la acción y solicitando su revocatoria para lograr el amparo.

Arguyó que el *A quo* desconoció que su enfermedad catalogada como huérfana, a pesar de no ser considerada como catastrófica (según el concepto emitido por el Ministerio de Salud Fl. 118-121), tiene las mismas características de ésta, por lo que debe procurarse el amparo de sus derechos y darle aplicación al artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012.

Criticó que el Tribunal Administrativo del Cauca hubiera desconocido sus derechos a la estabilidad laboral reforzada que le permite mantenerse en su trabajo y recibir la cobertura en salud que le da la oportunidad de continuar con el tratamiento médico para evitar que su enfermedad avance.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

V.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (...)*

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo [86](#) de la Constitución Política”,* establece que la acción de tutela *“garantiza los derechos constitucionales fundamentales.”*

En concordancia con tal finalidad, el artículo 5 *ibídem*, señala:

“ART. 5º—Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito” (Negrilla fuera del texto).

Dedúcese de las normas transcritas que los presupuestos esenciales de la acción constitucional no son otros distintos que la existencia cierta, concreta y fundada de una conducta activa o pasiva que cause la violación o amenaza de los derechos fundamentales, así como de aquellos que les fueren conexos, de acuerdo con las pautas trazadas por la jurisprudencia.

En este sentido, la procedencia de la acción de tutela se determina según el demandante carezca o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.

En suma y conforme a su naturaleza constitucional, la acción de tutela es el instrumento preferente de protección y garantía de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener su amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren.

V.2. El caso concreto.

En el *sub lite*, pretende el actor que se le amparen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene su reintegro a otro cargo como docente al servicio del Municipio de Popayán por tener derecho a la estabilidad laboral reforzada, en razón a la osteogénesis imperfecta que padece.

Sobre este aspecto la Sala considera pertinente hacer claridad respecto de *i*) provisión de empleos de carrera administrativa y *ii*) estabilidad laboral reforzada, aspectos puestos de presente por el actor para sustentar su solicitud de amparo.

i) **Provisión de empleos de carrera administrativa.** Respecto de este asunto, la jurisprudencia constitucional⁴ se ha pronunciado con suficiencia en el sentido de que el ingreso y permanencia en los empleos catalogados como de carrera administrativa, debe hacerse exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección.

En la Ley 909 de 2004 se establecieron las normas generales que rigen los concursos de méritos y se previó que mientras se realizaban los concursos, los cargos de carrera podían ser ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad.

Estos funcionarios, si bien no gozan de los derechos de carrera, ostentan de una estabilidad relativa puesto que su desvinculación debe efectuarse a través de acto administrativo motivado, entre otras razones, porque se vaya a proveer con ocasión de la realización de un concurso de méritos.

⁴ Sobre el tema, ver: Sentencia T-156 de 2014, SU-897 de 2012, SU-270 de 2010, entre otras.

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

En ese orden de ideas, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere el derecho de ingreso al empleo público, el cual resulta exigible tanto de la Administración como de los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad.

Por tanto, quien gane el concurso de méritos y esté en la lista de elegibles para un cargo ofertado de carrera administrativa, tiene un mejor derecho que quien lo viene desempeñando en provisionalidad.

ii) Estabilidad laboral reforzada. No obstante lo arriba referido, cuando el empleo de carrera ofertado está ocupado por una persona en condición de debilidad manifiesta, esto es, que ostenten la calidad de *i)* madres o padres cabeza de familia, *ii)* funcionarios que están próximos a pensionarse o *iii)* funcionarios que padecen algún tipo de discapacidad, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho a la igualdad, haciendo una diferenciación positiva, de ser los últimos de ser desvinculados o tener la oportunidad de ser reubicados en cargos similares en la misma entidad.

Lo anterior, explica la Corte Constitucional, porque en ellos *“concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”*.⁵

En ese sentido, explica la Corte en su jurisprudencia que, *“si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa”*,⁶ antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-186 de 2013. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-446 de 2011

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

Ello, sostiene el Alto Tribunal Constitucional, “*en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).*”⁷

En ese orden de ideas, en la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos, respecto de la protección de aquellas personas que los ocupan en provisionalidad por encontrarse en circunstancias especiales, entran en tensión varios derechos de raigambre constitucional, frente a lo cual la Corte Constitucional⁸ ha expresado que si bien, priman los derechos a acceder al cargo, no es menos cierto que la entidad nominadora se encuentra en la obligación de dar un trato preferencial a quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad.

En ese escenario, se deben tener presentes que las mismas normas que regulan la provisión de cargos de carrera han establecido algunas circunstancias en las que es posible realizar el trato diferencial, como es el caso del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, en el que se contempla que, en caso de que la lista de elegibles sea de menor número que los cargos ofertados, la entidad deberá proveer otros cargos cuyo nombramiento sea en provisionalidad antes de hacerlo respecto de aquellos ocupados por las personas que se encuentren en circunstancias de especial protección (madres o padres cabezas de hogar, prepensionados y personas en condición de discapacidad).

⁷ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-466 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Jorge Iván Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto)

⁸ 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 remplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, **aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera**, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

También se plantea la posibilidad de reubicar a las personas que estaban nombradas en provisionalidad, en cargos que se encuentren vacantes y que no vayan a ser provistos todavía en concurso y hasta que éste se realice.

Ahora, una vez aclarados los conceptos expuestos, la Sala pasa a referirse al asunto *sub examine*, en el que el actor insiste en que la Secretaría de Educación Municipal de Popayán le vulneró sus derechos al no haber considerado su delicada condición de salud, respetando la estabilidad laboral reforzada a la que tiene derecho, al proveer el empleo que ocupaba en provisionalidad con la lista de elegibles del concurso de méritos realizado para tal efecto.

En el expediente se tiene probado que el actor padece de una enfermedad catalogada como huérfana, osteogénesis imperfecta, la cual le causa grandes dolores y le impide llevar una vida normal porque puede padecer fracturas al mínimo impacto.

El actor había sido nombrado en provisionalidad en el cargo de carrera administrativa, de docente de aula en el Instituto de Educación Técnico Industrial de la ciudad de Popayán, hasta el momento en que fuera provisto por concurso de méritos.

Dicho concurso fue efectuado, y en el mismo se ofertaron 12 cargos equivalentes al que ocupaba el actor, incluyendo el suyo. Por su parte, la lista de elegibles fue conformada en abril de 2015, con 15 personas y la audiencia de escogencia de plaza se realizó el 16 de julio del mismo año, nombrando a una persona de la lista en el mencionado cargo.

En ese orden de ideas, debido a que la lista de elegibles supera el número de cargos a proveer no puede aplicarse en el *sub examine*, lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012. Tampoco puede nombrarse al actor en un cargo similar porque no hay vacantes en el municipio de Popayán, en razón a que la convocatoria efectuada era para proveer todas aquellas que se encontraran vacantes.

En razón a lo expuesto, si bien el actor se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, que contrario a lo manifestado por el *A quo*, no tiene que ser

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

previamente calificada por la Junta de Calificación de Invalidez al resultar evidente de la historia clínica del accionante; lo cierto es que se pudo determinar que la Secretaría de Educación Municipal de Popayán no le ha vulnerado derecho alguno, porque como lo expresa la jurisprudencia constitucional, su derecho de permanencia en el cargo es relativo y cede frente al mejor derecho que ostenta aquella persona que ganó el concurso.

En el presente asunto, la Secretaría de Educación Municipal de Popayán no tenía cómo realizar un trato preferencial o discriminatorio positivo para mantener al actor en un cargo, porque como se expuso en líneas precedentes, no había vacantes a las que pudiera ser trasladado y su nombramiento en provisionalidad no le otorgaba un derecho de permanencia indefinida en el cargo, así se encontrara en una condición especial.

De otro lado, en lo que respecta al amparo del derecho fundamental de petición, se encontró que en efecto éste había sido vulnerado porque la respuesta a la solicitud del actor únicamente fue dada por la Secretaría de Educación del municipio de Popayán el 8 de agosto de 2015, como consecuencia de la orden impartida en la sentencia recurrida.

En consecuencia, resulta forzoso confirmar la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 28 de julio de 2015 en la que se denegó el amparo de los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital, a la estabilidad laboral de las personas en estado de debilidad manifiesta, a la salud y a la familia; y se amparó el derecho de petición del señor JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REF: Expediente núm. 19001-23-33-000-2015-00354-01
Acción de Tutela
FALLO
Actor: JAVIER ANDRÉS BERNAL LÓPEZ

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 28 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA