

13001-33-33-011-2022-00147-01

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-011-2022-00147-01
DEMANDANTE	ELKIN DAVID MORA ALONSO
DEMANDADO	ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA - BOLIVAR Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO, MÍNIMO VITAL Y ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por el señor Elkin David Mora Alonso, quien actúa en nombre propio, en calidad de accionante, contra la sentencia de fecha seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)², proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió negar el amparo de tutela deprecado.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos³

El accionante recurre al ejercicio de la acción constitucional de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas, que estima vulnerados por parte de la Alcaldía Municipal de San Estanislao de

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Expediente Digital – Primera Instancia, 09Sentencia - tutela (1).

³ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 7-9.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Kostka – Bolívar y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, en razón a los hechos que a continuación se sintetizan:

(i) La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No. 20181000006396 del 16 de octubre de 2018, convocó a concurso público de méritos para proveer definitivamente 24 empleos, con 28 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka - Bolívar, en el proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.

(ii) En virtud de dicho proceso de selección, el día 28 de Julio de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 7791, en la que el señor Elkin David Mora Alonso ocupó el primer lugar para el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar. Posteriormente, el día 20 de agosto de 2020, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil fue publicada la firmeza de la referida lista de elegibles.

(iii) De conformidad con el artículo 5° de la Resolución No. 7791, la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar tenía el día 11 de septiembre de 2020 como fecha límite para notificar al señor Mora Alonso la resolución de nombramiento; por lo que, vencido este término, el día 15 de septiembre del 2020, el hoy accionante envió correo electrónico a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka - Bolívar manifestando que a la fecha no había sido notificado de la resolución de su nombramiento y que, en consecuencia, se procediera con dicho trámite.

(iv) A raíz su solicitud, el día 18 de septiembre del 2020, el señor Elkin David Mora Alonso recibe una llamada por parte de la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar, en la que se comunica que habían tenido inconvenientes con el nombramiento, toda vez que la persona que ocupa el cargo donde este ha de posesionarse se encuentra en etapa pre pensional.

(v) El día 05 de octubre del año 2020, el actor envía un segundo correo a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar comunicándole que figurar en el primer lugar de la lista de elegibles configura un auténtico derecho adquirido y que, si bien la persona que se encontraba en el cargo donde debía ser nombrado y posesionado se encontraba en etapa pre pensional, tendría esta entidad territorial la obligación de reubicarla, sin el detrimento de sus derechos

13001-33-33-011-2022-00147-01

fundamentales, por lo que en consecuencia, nuevamente solicitó ser notificado de la Resolución de su nombramiento.

(vi) El día 06 de octubre de 2020, estuvo en las instalaciones de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka - Bolívar, con el objetivo de consultar sobre el nombramiento, para lo cual fue atendido por el señor Alcalde y la Primera Dama, quienes me manifestaron que hablarían con los funcionarios pertinentes para darle celeridad al proceso.

(vii) El día 21 de octubre de 2020, recibió vía correo electrónico comunicación enviada por parte de Talento Humano de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka, informándole que se había solicitado concepto jurídico a la Comisión Nacional del Servicio Civil con el fin de establecer el procedimiento a seguir, por cuanto el cargo se encontraba ocupado por una persona que tenía la calidad de prepensionado.

(viii) El día 30 de noviembre de 2020, el señor Elkin David Mora Alonso envió correo electrónico a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar, solicitando celeridad en la notificación del nombramiento, para el cual la entidad da respuesta adjuntando PDF correspondiente al concepto jurídico dado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

(ix) El día 14 de diciembre de 2020, el señor Elkin David Mora Alonso nuevamente envía misiva a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar solicitando que indicaran la fecha en que se proyectaría la resolución de su nombramiento y, por tercera vez, ser notificado de esta. Así, en esa misma fecha obtiene respuesta por parte de Talento Humano de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka, informándole que el Área de Presupuesto se encontraba realizando los ajustes para el nombramiento.

(x) El día 20 de enero de 2021, el accionante sostuvo una reunión presencial con el Alcalde de San Estanislao, el funcionario de P.U. Talento Humano de la alcaldía y un Asesor de Despacho, en la que le fue propuesto un término de espera de 6 meses para que la entidad territorial resolviera el asunto relacionado con la persona que estaba ocupando el cargo en provisionalidad.

(xi) Concluido el término acordado, el día 13 de julio del 2021, el señor Mora Alonso envió correo a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar solicitando información sobre los documentos necesarios para proceder con el nombramiento. En respuesta a lo anterior, el día El 20 de julio del 2021, por parte

13001-33-33-011-2022-00147-01

de la Oficina de Talento Humano se responde afirmando que se efectuaría reunión con los funcionarios correspondientes para hacer el nombramiento.

(xii) En vista de que no se procedía con la notificación del nombramiento, el martes 21 de septiembre del 2021, el actor nuevamente se dirigió a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar y se reúne con varios funcionarios, entre ellos el P.U. Talento Humano, quienes le comentaron que aún presentaban dificultades para proceder con su nombramiento y le solicitaron 2 semanas para resolver el asunto.

(xiii) Ha pasado más de un año desde que la lista de elegibles en comento adquirió firmeza y a la fecha la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar no ha notificado al señor Mora Alonso la Resolución de su nombramiento.

(xiv) Por causa de la presunta negativa, omisión y la negligencia de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar respecto a la notificación de la resolución su nombramiento, se ha generado en el accionante una incertidumbre, actualmente este se encuentra desempleado, sin ingresos, atravesando una situación económica precaria y sin la posibilidad de acceder a un mínimo vital, no estando en la obligación de sopórtalo.

3.1.2. Pretensiones⁴

Con base en los hechos esbozados el escrito de demanda, el actor solicita lo siguiente:

“1. Sírvese tutelar mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, AL TRABAJO, AL MÍNIMO VITAL, AL ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS, así como a los principios de CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE y SEGURIDAD JURÍDICA.

2. Que, en consecuencia, se ordene a la accionada ALCALDÍA DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA (BOLÍVAR) que un término de 24 horas me notifique de la Resolución de nombramiento en el denominado cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka (Bolívar), ofertado con el Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte. En el que ocupé el primer lugar, Tal como se evidencia

⁴ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folio 10.

13001-33-33-011-2022-00147-01

en la lista de elegibles contenida en la RESOLUCIÓN No 7791 DE 2020 28-07-2020."

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-⁵

La accionada Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- rindió informe con base en el cual se opone a la acción constitucional de la referencia, en los siguientes términos:

En primera medida, se refiere a la improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de un perjuicio irremediable, aduciendo que en la presente acción no se perciben las circunstancias que lo configuran y la parte accionante tampoco logra probarlo.

Frente al caso en concreto, expone el estado del proceso de selección mencionando las actuaciones que han debido surtir de conformidad a las reglas del concurso, entre las que se encuentran (i) la expedición de la Resolución No. 20202210077915 de 28 de julio de 2020, por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para la OPEC No. 73388, efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil; que fue publicada el 10 de agosto de 2020 y adquirió firmeza desde el 19 de agosto de 2020, y (ii) la comunicación de esta firmeza de la lista de elegibles al Alcalde del municipio de San Estanislao de Kostka, realizada por la CNSC. En esos términos, precisa que el nominador, dentro de los diez 10 días hábiles siguientes al envío de dicha comunicación, debía realizar en estricto orden de mérito, el correspondiente nombramiento en período de prueba en el respectivo empleo.

Adicionalmente, asevera que no se avizora vulneración alguna de su parte como quiera que el señor Mora Alonso aprobó y superó cada una de las etapas del Proceso de Selección y se encuentra en un lugar meritorio dentro de la lista de elegibles conformada para el empleo No. 73388, la cual cobró firmeza y fue comunicada a la entidad territorial; sin embargo, considera que no se podría decir lo mismo frente a la entidad nominadora y manifiesta que esta debe garantizarle al aspirante el derecho a ser nombrado en el empleo al cual concursó, con el fin de no continuar vulnerando el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia.

⁵ Expediente Digital – Primera Instancia - 05Respuesta CNSC - Mayo 27 de 2022, RESPUESTA DE ACCIÓN DE TUTELA ELKIN DAVID MORA ALONSO.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Así mismo, advierte una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka también lo es que esta Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, no tiene la facultad nominadora y tampoco tiene incidencia en la expedición de sus actos administrativos; siendo realmente el representante legal de la entidad nominadora en quien recae la obligación del nombramiento y posesión de los elegibles.

Con fundamento en lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil o, en su defecto, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Comisión Nacional del Servicio civil.

3.2.2. Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka⁶

La Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka – Bolívar rindió informe sobre los hechos que dieron origen a la presente acción constitucional, de la siguiente manera:

Evidencia que el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 1, fue ofertado con el código OPEC 73338, mediante la convocatoria 763 de 2018.

No obstante, expone que existe una acción de tutela para la cual fue proferido fallo del año 2008, en el que se resolvió amparar en favor de la funcionaria María Del Carmen Herrera Rodríguez el derecho fundamental al trabajo, la seguridad social, a la vida, a la salud y sustento mínimo vital, asimismo, se ordenó dejar sin efectos el Decreto 091 de 2008, mediante el cual se declaró insubsistente a la señora María Herrera, y realizar las apropiaciones presupuestales a fin de mantenerla en su cargo o en otro similar que pueda desempeñar de acuerdo a la enfermedad que padece y hasta tanto tenga en su oportunidad pensión de invalidez no profesional.

Así, en cumplimiento del fallo tutelar, señala haber dispuesto mediante el Decreto 128 del 04 de noviembre de 2008, la creación del cargo Profesional Universitario Código 219, Grado 1. Una vez creado, a través del Decreto 130 del

⁶ Expediente Digital – Primera Instancia - 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, CONTESTACION TUTELA ALCALDIA ELKIN DAVID MORA (1).

13001-33-33-011-2022-00147-01

06 de noviembre de la misma anualidad, se realizó nombramiento en provisionalidad a la señora María Herrera.

En tales términos, aclara que el cargo denominado Profesional Universitario Código 219, Grado 1, se encontraba creado desde el año 2008, con unas funciones diferentes al que se ofertó en la Convocatoria 763 de 2018. Es decir, el cargo a proveer por el accionante coincide con el nombre, código y grado, pero al revisar las funciones y perfiles son diferentes con el que ocupa en este momento la señora Herrera Rodríguez, quien es sujeta de protección especial constitucional, es cabeza de hogar y prepensionada, a quien deben garantizárseles sus derechos amparados del mismo modo que al accionante, lo cual ha generado una confusión e impotencia al interior de la administración, más aún cuando en la planta de personal no existe otro cargo donde pueda ser trasladada la funcionaria.

En consecuencia, solicita declarar improcedente el recurso impetrado y las pretensiones del accionante, a las cuales se opone alegando que no existe un nexo de causalidad entre el cargo creado y el ofertado, la carencia de objeto y, en consecuencia, el archivo del trámite de amparo de derechos, por considerar que no se le puede endilgar responsabilidad alguna.

3.2.3. María del Carmen Herrera Rodríguez, en calidad de tercera interesada.

La tercera interesada María del Carmen Herrera Rodríguez no rindió informe sobre los hechos que le interesan de la presente acción de tutela.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁷

A través de sentencia de fecha seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)⁸, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió no conceder el amparo deprecado por el señor Elkin David; tras efectuar una ponderación entre los derechos del accionante, quien mediante concurso de méritos ocupó el primer lugar dentro de la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 1, y los de la persona que actualmente ocupa ese mismo cargo, la señora María del Carmen Herrera

⁷ "**PRIMERO:** No Conceder la acción de tutela presentada por el señor Elkin David Mora Alonso contra el Municipio de San Estanislao de Kostka y la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible.

TERCERO: Si esta providencia no es impugnada, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su revisión."

⁸ Expediente Digital – Primera Instancia, 09Sentencia - tutela (1).

13001-33-33-011-2022-00147-01

Rodríguez, quien es sujeto de especial protección constitucional. Como fundamentos de su decisión, el a quo sostuvo que:

“al hacer un análisis de los derechos fundamentales de cada uno de los extremos de la presente acción, se tiene que si bien ambos generan una protección especial por parte de las autoridades judiciales y administrativas, no se puede desconocer la situación de vulnerabilidad de la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, quien en 2008 fue amparada por una sentencia que tuteló los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, vida, salud y sustento mínimo de la señora y ordenado su reintegro a un cargo que fue creado especialmente para cumplimiento de esa tutela, por estar padeciendo una enfermedad catastrófica y que amplió su protección hasta tanto obtuviera una pensión de invalidez, todo lo anterior en razón al principio de solidaridad con los conciudadanos.

El anterior escenario genera que este Juzgado no pueda acceder a la protección de derechos invocados por el accionante, pues no se puede desconocer lo que en sede de tutela ya había sido reconocido a la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, al ser un sujeto de especial protección constitucional, máxime si se considera la imposibilidad de ordenar su reubicación a un cargo de igual o similares funciones, cuando en el informe de tutela rendido por la entidad accionada se deja claro que dicho cargo no existe en su planta de personal en estos momentos, con lo cual la única solución para lograr el nombramiento del señor Elkin Mora sería ordenando la declaratoria de insubsistencia de quien actualmente ocupa el cargo, que como se dijo en renglones arriba goza de especial protección y fue amparada por fallo de tutela proferido en segunda instancia por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena el 20 de octubre de 2008, como obra en las pruebas anexadas por el Municipio de San Estanislao de Kostka en su contestación”

3.4. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.⁹

El día nueve (09) de junio de dos mil veintidós (2022) la parte actora presentó escrito de impugnación contra la decisión de primera instancia, a través del cual pretende que se revoque la decisión proferida y sean tutelados sus derechos fundamentales; de conformidad con los siguientes argumentos:

⁹ Expediente Digital – Primera Instancia, 13IMPUGNACIÓN.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Manifiesta que la decisión adoptada se encuentra alejada de los criterios constitucionales y jurisprudenciales, de los que se extrae la prioridad al mérito y la estabilidad laboral relativa de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, para quienes aún en estado de debilidad su derecho cede frente a aquel que tienen quienes participan en un concurso, y desconoce directamente sus garantías y derechos fundamentales.

En el mismo sentido, pone en consideración el pronunciamiento que respecto a su caso fue efectuado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del concepto 20202020804371, de fecha 20 de octubre de 2020, remitido a la oficina de Talento Humano de la entidad accionada.

De lo anterior colige que a pesar del estado de salud de la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, su eventual desvinculación es razonable, no es discriminatoria y atiende a criterios objetivos, a lo que adiciona el hecho de que no hay claridad frente a la pensión de invalidez de la señora Herrera luego de transcurrido 14 años después de haber sido reintegrada con ocasión a orden judicial que tuteló sus derechos fundamentales.

De otra parte, cuestiona que la Alcaldía del Municipio de San Estanislao de Kostka, conociendo desde el año 2008 la situación de vulnerabilidad de la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, acudiera a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que esta convocara a concurso público de méritos dentro del cual se encontraba el cargo que esta servidora pública ocupa, es decir, que el ente territorial accionado fuese quien propició que el cargo en disputa se ofertara y sometiera concurso de mérito.

Así mismo, alega que la sentencia impugnada omitió tener en cuenta que la Alcaldía del Municipio de San Estanislao de Kostka actuó de mala fe, toda vez que, con su negligencia y omisión le han vulnerado sus derechos fundamentales, pues a la fecha no ha efectuado su nombramiento no obstante haber ocupado el primer lugar para el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388.

Finalmente señala que la decisión impugnada lo deja en una situación de indefensión ya que, a pesar de haber ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, le cercena la oportunidad de acceder al empleo público pues no le brinda ninguna opción y, en su lugar, le da vocación de permanencia a una empleada que lleva más de 14 años buscando una pensión de invalidez cuya fecha de reconocimiento es incierta.

13001-33-33-011-2022-00147-01

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

A través del auto de fecha (09) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)¹⁰, el *a quo* concedió la impugnación presentada por la aparte accionante, el señor Elkin David Mora Alonso.

La presente tutela fue repartida a esta Corporación, mediante Acta de reparto de fecha trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022)¹¹.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

¿En el caso sub examine se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela?

En supuesto de que el anterior interrogante sea resuelto de manera afirmativa se pasara a resolver el siguiente:

¿Las accionadas Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka – Bolívar y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas del señor Elkin David Mora Alonso,

¹⁰ Expediente Digital – Primera Instancia, 14 Auto Concede impugnación.

¹¹ Expediente Digital – Segunda Instancia, 01 Acta Reparto.

13001-33-33-011-2022-00147-01

al no haberse efectuado su nombramiento en periodo de prueba en el cargo para el cual aspiró dentro del concurso de méritos, realizado mediante el Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte, y en el que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles?

En atención a los antecedentes procesales del caso sub judice, la Sala deberá estudiar, (i) el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela, en segundo lugar, (ii) la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos, (iii) los derechos constitucionales fundamentales de las personas seleccionadas en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales, (iv) la estabilidad laboral de prepensionados nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, (v) reestructuración administrativa para el personal que ostenta la condición de prepensionados según la Ley 2040 del 2020 y el Decreto 1415 del 2015, por último, (vi) analizar el caso en concreto.

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala sostendrá que en el presente asunto es procedente la acción tutela por encontrarse acreditados los requisitos legales y jurisprudenciales para ese efecto.

Con relación al segundo problema jurídico, la accionada Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka – Bolívar si incurre en vulneración de los derechos fundamentales del accionante, al omitir efectuar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 1. Para lo cual no se halla validez en el argumento de no poder proveerse el cargo por estar actualmente ocupado por persona que ostenta la calidad de prepensionada, sobre el que se soporta la negativa de la entidad territorial, toda vez que la estabilidad relativa de esta cede frente al mejor derecho que tiene la persona que ganó un concurso público de méritos.

Así las cosas, deberá revocarse la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Legitimación en la causa.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto Ley 2591 de 1991¹² dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares.

El artículo 10º del mismo precepto manifiesta que la acción de tutela también se puede agenciar derechos ajenos, cuando el titular de estos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Si tal circunstancia ocurre, debe manifestarse en la solicitud.

5.4.1.1. Legitimación en la causa por activa (Análisis de procedibilidad)

A este respecto, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 señala:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, **por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma** o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.” (Negrilla y subraya de Sala)

De conformidad con lo anterior, en efecto, el señor Elkin David Mora Alonso se encuentra legitimado en la causa por activa para reclamar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas, pues acreditó haber participado y figurar como elegible, ocupando el primer lugar de posición meritatoria, para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka (Bolívar), del Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria

¹² Decreto 2591 de 1991, artículo 1. Documento auténtico.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Territorial Norte¹³. Por ende, es el titular de los derechos presuntamente conculcados.

5.4.1.2. Legitimación en la causa por pasiva (Análisis de procedibilidad)

Con relación a la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone:

“ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.” (Negrilla y subraya de Sala)

En el caso que nos ocupa, la acción se dirige contra la Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka – Bolívar y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, quienes presuntamente están vulnerando los derechos fundamentales invocados por el actor.

Consecuentemente, esta Sala observa que la Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka – Bolívar es la entidad que, ostentando la competencia para hacerlo¹⁴, se ha negado a efectuar las actuaciones administrativas relativas al nombramiento e iniciación del periodo de prueba del accionante, lo que ha impedido el acceso de este último al empleo público para el cual concursó y obtuvo el primer lugar según la respectiva lista de elegibles¹⁵.

En cuanto a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, se encuentra acreditada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuya tutela se pretende, ya que es la entidad responsable¹⁶ del concurso

¹³ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 18-20.

¹⁴ Resolución No. 7791 de 2020, “**ARTÍCULO QUINTO.** Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la Lista de Elegibles quede en firme, deberá(n) producirse por parte del nominador de la entidad, en estricto orden de mérito, el (los) nombramiento(s) en período de prueba que proceda(n), en razón al número de vacantes ofertadas.”

¹⁵ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 18-20.

¹⁶ Acuerdo #20181000006396, “**ARTÍCULO 2º. ENTIDAD RESPONSABLE.** El concurso abierto de méritos para proveer las veintiocho (28) vacantes de la planta de personal de la ALCALDÍA DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA, objeto del presente Proceso de Selección, estará bajo la directa responsabilidad de la CNSC, la que, en virtud de sus competencias legales, podrá suscribir contratos o convenios interadministrativos para adelantar las diferentes fases

13001-33-33-011-2022-00147-01

abierto de méritos para proveer las 28 vacantes de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka, dentro de las cuales está el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388, ofertado con el Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.

Finalmente, también viene acreditada la legitimación de la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, en calidad de tercera interesada en los resultados del proceso, en consideración a la vinculación que hiciera el *a quo* en auto de fecha dos (02) de junio de Dos Mil Veintidós (2022)¹⁷.

5.4.2. Inmediatez.

La Corte Constitucional¹⁸ ha sostenido que la inmediatez es una exigencia jurisprudencial que reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales.

Considerando lo antes expuesto, la presente acción cumple este requisito, por cuanto, la vulneración que sustenta el ejercicio de la solicitud de amparo constitucional es continuada y persiste, toda vez que se ha prolongado en el tiempo la omisión del nombramiento en periodo de prueba del hoy accionante.

Además, si bien la Resolución No. 7791 de 28 de julio de 2020, a través de la cual se conformó y adoptó la lista de elegibles para el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, adquirió firmeza el 19 de agosto de 2020, igualmente, esta se comunicó a la entidad nominadora el 20 de agosto de ese mismo año¹⁹, y la acción de tutela fue presentada solo hasta el 20 de mayo de 2022²⁰, esto es, habiendo transcurrido más de un año y ocho meses desde que empezó a estructurarse la presunta vulneración por el vencimiento del término para efectuar el nombramiento en periodo de prueba; de los hechos narrados y las pruebas aportadas por el demandante en el libelo introductorio, se colige la actitud activa de este frente a la ejecución de acciones tendientes a que la entidad territorial profiriera el respectivo acto administrativo

del proceso con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, acreditadas para realizar este tipo de procesos, conforme lo reglado en los artículos 30 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 3 del Decreto Ley 760 de 2005 modificado por el artículo 134 de la Ley 1753 de 2015."

¹⁷ Expediente Digital – Primera Instancia, 07 Auto requerimiento.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 184 de ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019). M.P.: Dr. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Expediente Digital – Primera Instancia – 05Respuesta CNSC - Mayo 27 de 2022, 120202210616881_00001.

²⁰ Expediente Digital – Primera Instancia, 02ActaReparto.

13001-33-33-011-2022-00147-01

de nombramiento y su recurso al amparo constitucional de la acción tutela como última *ratio*.

Así, la sala observa que el accionante a fin de que se efectuara su nombramiento en periodo de prueba (i) entre los días 15 de septiembre del 2020 y 20 de julio de 2021²¹, envió alrededor de 6 correos electrónicos a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar, (ii) el 06 de octubre de 2020, concurrió a las instalaciones de la entidad territorial (iii) el día 20 de enero de 2021, sostuvo reunión presencial con el Alcalde de San Estanislao y otros funcionarios, y (iv) el 21 de septiembre del 2021, nuevamente se reunió con varios funcionarios de la Alcaldía. En mérito de lo anterior, se concluye que la acción fue interpuesta en un término razonable y satisface el precitado requisito de procedencia, al haberse interpuesto en fecha 20 de mayo de 2022, sumado a que la vulneración deprecada por el accionante aún persiste. De otra parte, no se debe dejar de lado que la parte accionante ha actuado de buena fe y de acuerdo a las instrucciones dadas por la accionada en procura de dar una solución al presente conflicto, de manera que esa conducta no puede ir en desmedro de su derecho fundamental al acceso de la administración de justicia.

5.4.3. Subsidiariedad.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional²², en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta política y 6° del Decreto Ley 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Es decir, esta procederá siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otro medio idóneo y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En relación con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en el marco del concurso de méritos, por parte de la Corte constitucional han sido trazados los criterios necesarios para la verificación de su cumplimiento así, por ejemplo, en sentencia T-059 de 2019²³ la Corte manifestó que:

“Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de

²¹ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 26-40

²² Consultar las Sentencias T-354 de 2010, T-059 de 2009, T-595 de 2007, T-304 de 2007, T-580 de 2006, T-222 de 2006, T-972 de 2005, T-712 de 2004 y C-543 de 1992, entre otras.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-059 de catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo



13001-33-33-011-2022-00147-01

nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)"

"Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo **no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado**, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. **En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.** (...)"

"Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.** // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer

13001-33-33-011-2022-00147-01

efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)

(negritas y subrayas de sala)

En ese orden de ideas, la Sala considera que en este caso la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional, por las razones que a continuación se exponen:

El accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles para proveer una vacante definitiva del empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka - Bolívar, Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte, conforme a la Resolución No. 20202210077915 del 28 de julio de 2020, la cual fue publicada el 10 de agosto de 2020 y adquirió firmeza desde el 19 de agosto de 2020, y se encuentra a la espera de se produzca el nombramiento en período de prueba en el referido empleo.

Así las cosas, como se manifestó en la Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el “(...) principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales”.

Es entonces que, en virtud de las pretensiones del accionante, se estima necesario analizar de fondo el asunto al encontrarse que en el caso particular el reproche versa sobre el vencimiento del término para ser nombrado en periodo de prueba, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela como medio principal de protección de los derechos invocados.

5.4.4 Provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos.

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

13001-33-33-011-2022-00147-01

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

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

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

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



13001-33-33-011-2022-00147-01

debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad.

5.4.5. Derechos constitucionales fundamentales de las personas seleccionadas en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales.

La Constitución Política en su artículo 40, numeral 7, consagra el acceso a desempeño de funciones y cargos públicos como una de las formas en que se hace efectivo el derecho que posee todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, así mismo, el artículo 85 ibidem instituye su aplicabilidad inmediata.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de reconocer el carácter fundamental del derecho a acceder a cargos públicos y fijar su alcance, pues este *“debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.”*²⁴

En la medida de lo anterior, la Corte²⁵ ha distinguido las cuatro dimensiones comprendidas en el ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos: **(i) el derecho a posesionarse, reconocido a las personas que han cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución y en la ley para acceder al cargo;** (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, diferentes a las establecidas en el concurso de méritos; (iii) la facultad de elegir, de entre las opciones disponibles, aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos; y (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a quien ocupa el cargo público.

Así las cosas, en lo que respecta a la primera de las dimensiones señaladas, es de puntualizarse la frustración del derecho a acceder a cargos públicos cuando la misma se inobserva; toda vez que, en términos de la Sentencia T-257 de 2012²⁶:

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU.544/01 de veinticuatro (24) de dos mil uno (2001). M.P: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-393/19 de veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019). M.P: Dr. Carlos Bernal Pulido.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-257/12 de veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012). M.P: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



13001-33-33-011-2022-00147-01

"(...) para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio."

Por otra parte, se ha determinado la relación existente entre el acceso a cargos públicos y el derecho al trabajo, para la cual en precitada sentencia T-257/12, la corte coligió que:

*"(...) **la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó,** pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.*

*En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa **cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.**" (Negrillas y subrayas de Sala)*

En adición a lo anterior, se observa que en sentencia T-156 de 2012 la Corte Constitucional²⁷ precisó que:

"Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia (...) en cuanto a que "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido". Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-156/12 de (2) de marzo de dos mil doce (2012). M.P: Dra. María Victoria Calle Correa.



13001-33-33-011-2022-00147-01

personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.”

Asimismo, con anterioridad a tales pronunciamientos, el M.P. José Gregorio Hernández Galindo en T-455 de 2000²⁸ anotó que:

“Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

*En consecuencia, **una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo**, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.” (Negritas y subrayas de Sala)*

5.4.6. Estabilidad laboral de prepensionados nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.

En lo que respecta la estabilidad laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera la Corte²⁹ ha señalado que estos gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos.

Para el segundo de los anteriores supuestos, a través de sentencia SU-446 del año 2011³⁰ enfatiza en que:

“la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-455/00 de veintisiete (27) días de abril de dos mil (2000). M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-096 de veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018). M.P: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-446 de veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). M.P: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13001-33-33-011-2022-00147-01

desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos"

No obstante, en ese mismo pronunciamiento la Corte trató detalladamente la situación de las personas que están en provisionalidad y son sujetos de especial protección, determinando que deben preverse mecanismos para garantizar que estas fuesen las últimas en ser desvinculadas, porque si bien su situación no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, subsiste el deber de procurar no lesionar los derechos de este grupo de personas.

Del mismo modo, en sentencia T-373 de 2017³¹, se reitera que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional (como es el caso de madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad). Casos para los cuales reconoce que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y, en la medida de lo posible, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

Es así como en dicha sentencia del año 2017, el máximo órgano constitucional concluyó que:

"Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación."

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 2017 de ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). M.P: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

13001-33-33-011-2022-00147-01

En mérito de lo anterior, se colige que en la persona que está en provisionalidad y tiene especial protección constitucional subsiste el derecho de reconocimiento de la estabilidad laboral, el cual debe darse luego de una ponderación entre esos derechos y los principios de la carrera administrativa. Ahora bien, ello no implica que los sujetos de especial protección permanezcan de forma indefinida en el cargo, pues no pueden desconocerse los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles, sino que se deben adoptarse acciones afirmativas que permitan garantizar sus derechos.

5.4.7 Solución para quien ostenta la condición de prepensionado o en situación de discapacidad según la Ley 2040 del 2020 y el Decreto 1415 del 2021.

Por medio del Decreto 1415 del 2021, se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 en lo relacionado a la Protección en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos para el personal que ostenten la condición de prepensionados.

Allí se dispone para el caso de la provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito de servidores públicos vinculados mediante nombramiento provisional que les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, se deberá tener en cuenta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019³².

Además de lo anterior, en cumplimiento de la protección especial en caso de reestructuración administrativa o provisión definitiva de cargos, los servidores públicos que les falten (3) tres años o menos para obtener la pensión de

32 **"PARÁGRAFO SEGUNDO.** 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".

13001-33-33-011-2022-00147-01

jubilación o vejez y no puedan continuar en el ejercicio de su cargo por razones de reestructuración o provisión definitiva, deberán ser reubicados como lo señala el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 hasta tanto cumplan con los requisitos para obtener el beneficio pensional.

5.5. DEL CASO EN CONCRETO

5.5.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente digital de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Reporte de inscripción del aspirante Elkin David Mora Alonso, para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, número OPEC 73388 del Proceso de Selección 763 de 2018 de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka- Bolívar, que conforma la Convocatoria Territorial Norte.³³
- Resolución No. 7791 de 28 de julio de 2020 *"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer UN (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka (Bolívar), Proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte"*.³⁴
- Comunicación de la firmeza de listas de elegibles a la Alcaldía de San Estanislao de Kostka, mediante radicado CNSC No. 20202210616881 del 20 de agosto de 2020.³⁵
- Concepto de nombramiento en período de prueba, emitido por la Comisión Nacional Del Servicio Civil.³⁶
- Pantallazo de los correos electrónicos cruzados entre el accionante y la accionada Alcaldía de San Estanislao de Kostka - Bolívar, de fechas 15 de septiembre del 2020, 05 de octubre de 2020, 21 de octubre de 2020, 23 de octubre de 2020, 30 de noviembre de 2020, 1, 14 y 16 de diciembre del 2020, el 13 de julio del 2021, y 20 de julio del 2021.³⁷

³³ Expediente Digital – Primera Instancia – 05Respuesta CNSC - Mayo 27 de 2022, REPORTE INSCRIPCIÓN.

³⁴ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 18-20.

³⁵ Expediente Digital – Primera Instancia – 05Respuesta CNSC - Mayo 27 de 2022, 120202210616881_00001.

³⁶ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 21-25.

³⁷ Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA (1) – Folios 26-40

13001-33-33-011-2022-00147-01

- Fallo de Tutela de fecha veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008), proferido por el juzgado Octavo del Circuito de Cartagena, a través del cual se amparan los derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, a la vida, a la salud, y al sustento al mínimo vital, basados en el respeto a la dignidad humana de la persona y el principio de solidaridad, a favor de la señora María del Carmen Herrera Rodríguez.³⁸
- Decreto No.128 del 04 de noviembre de 2008, por medio del cual se crea el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 1, de la planta de personal de la administración central del municipio de San Estanislao de Kostka – Bolívar.³⁹
- Decreto No. 130 de 06 de noviembre de 2008, por medio del cual la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar acata fallo de tutela de segunda instancia del Juzgado octavo Civil del Circuito de Cartagena, fechado el día 20 de octubre de 2008.⁴⁰
- Descripción oferta del empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, número OPEC 73388 del Proceso de Selección 763 de 2018 de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka- Bolívar. ⁴¹
- Constancia emitida por la oficina de Talento Humano de San Estanislao, que describe las causas de la creación del cargo Profesional Universitario Código 219, Grado 1.⁴²

5.5.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Verificados los requisitos generales y específicos de procedencia pasa la Sala a resolver el problema jurídico de fondo planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditado que el señor Elkin David Mora Alonso se inscribió dentro del Convocatoria Territorial Norte, adelantada por la Alcaldía de San Estanislao de Kostka- Bolívar y la Comisión Nacional del Servicio

³⁸ Expediente Digital – Primera Instancia – 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, FALLO TUTELAR MARIA HERRERA-000414.

³⁹ Expediente Digital – Primera Instancia – 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, Decreto N° 128 Alcaldia San Estanislao.

⁴⁰ Expediente Digital – Primera Instancia – 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, Decreto N° 130 Alcaldia San Estanislao.

⁴¹ Expediente Digital – Primera Instancia – 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, OFERTA EMPLEO CNSC.

⁴² Expediente Digital – Primera Instancia – 06Respuesta San Estanislao 27 de mayo de 2022, CONSTANCIA TALENTO HUMANO.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Civil -CNSC-, para participar en el Proceso de Selección No. 763 de 2018 para proveer definitivamente veinticuatro (24) empleos, con veintiocho (28) vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar, aplicando a una (1) vacante definitiva del empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388.

También se encuentra probado que, agotadas las fases del concurso, el accionante ocupó el primer lugar con 85.31 puntos en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 7791 de 28 de julio de 2020, la cual cobró firmeza el 19 de agosto de 2020 y fue comunicada a la entidad nominadora el 20 de agosto de ese mismo año.

La aludida resolución estableció, en su artículo quinto, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la lista conformada adquirió firmeza, debía producirse por parte del nominador de la entidad el respectivo nombramiento en periodo de prueba. Es decir, el término para efectuar el nombramiento se entiende extendido hasta el pasado 2 de septiembre de 2020, no obstante, fenecido dicho término el señor Mora Alonso no pudo ser nombrado en el cargo porque el mismo se encuentra ocupado por la señora María del Carmen Herrera Rodríguez quien según la demandada cuenta con una protección especial y no puede ser desvinculada de su cargo.

De manera que, las pretensiones del extremo activo de la acción están encaminadas a realizar de manera inmediata el nombramiento mediante resolución administrativa, en el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 73388.

Por su parte, la Alcaldía de San Estanislao de Kostka- Bolívar, en el informe rendido, confirma que el cargo al cual aspiró el accionante se encuentra actualmente ocupado en provisionalidad por la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, quien ostenta la condición de pre pensionada y cuyos derechos se encuentran amparados por fallo de Tutela de fecha veinte (20) de octubre de dos mil ocho (2008), proferido por el juzgado Octavo del Circuito de Cartagena, así mismo, que el cargo al cual el accionante aspira posesionarse posee distintas funciones al que viene siendo ocupado por la señora Herrera; razón por la cual no ha procedido a nombrar en periodo de prueba al señor Elkin David Mora Alonso.

En esa misma línea, advierte la Sala que, la señora María del Carmen Herrera Rodríguez si bien fue debidamente vinculada como interesada en las results

13001-33-33-011-2022-00147-01

del presente medio de control tuitivo, tal como viene ordenado en el auto de fecha dos (02) de junio de Dos Mil Veintidós (2022) proferido por el Juzgado Once Administrativo de Cartagena, aquella guardó silencio, por lo que se carece de informe que rinda cuenta de su condición de prepensionada y pruebas que confirmen tal situación.

Respecto a lo anterior, la Sala observa que la condición protegida por medio de fallo de tutela, proferido por el juzgado Octavo del Circuito de Cartagena, tuvo su sustento en que en el 2008, la señora María del Carmen Herrera Rodríguez fue diagnosticada con cáncer de mama, por lo cual dicho juez consideró, que en virtud de la solidaridad constitucional, ordenó la vinculación de la misma a la planta de personal de la hoy accionada, hasta el momento en que se le sea reconocida una pensión de invalidez por enfermedad no profesional con ocasión a la enfermedad ya aludida; ante ello, la Corporación desconoce en su totalidad el actual estado de salud de la señora Herrera Rodríguez, si superó finalmente esa enfermedad o si actualmente aún requiere atención médica por esa u otra situación médica, máxime cuando a pesar de haber sido vinculada al presente proceso tutelar, no emitió pronunciamiento alguno. De otra parte, se desconoce si la referida señora HERRERA o el empleador adelantó algún trámite para la obtención de esa pensión que se alude en el fallo de tutela del 2008, y en ese caso, cual es el estado actual de ese trámite.

En el transcurso del presente proceso no obran pruebas en el sentido que la vinculada haya provocado o solicitado revisión por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez u otro documento que certifique si la vinculada ha sufrido pérdida de capacidad laboral, de otra parte, la demandada a través de la oficina de talento humano no informa de alguna situación de salud que afecte el desempeño laboral de la señora HERRERA, de manera que de lo anterior se puede concluir que (i) no obran pruebas en el sentido que el empleador y/o la señora HERRERA hayan adelantado las gestiones necesarias para la obtención de la pensión de invalidez a la que consideró el juez de tutela podía tener derecho la aquí vinculada desde el año 2008 (ii) no obran pruebas que den cuenta de alguna situación de discapacidad o enfermedad que actualmente padezca la aquí vinculada y (iii) tampoco obran pruebas que permitan señalar que cuenta con la calidad de prepensionada.

En ese orden de ideas, los efectos de dicho fallo de tutela no pueden extenderse indefinidamente en el tiempo, mas cuando no obra prueba en el sentido que la vinculada y/o empleador hayan adelantado trámite alguno para la obtención de ese derecho a pesar del extenso tiempo con el cual han

13001-33-33-011-2022-00147-01

contado para tramitar la obtención de ese posible derecho o de si actualmente requiere algún tratamiento médico.

En esos términos, si bien viene alegada por la accionada entidad territorial de la condición de prepensionada de la funcionaria que ocupa el cargo en la actualidad, se tiene que de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario no se demostró tal calidad, recordemos que para gozar de ese estatus se requiere demostrar alguna de estas dos hipótesis, (i) que se está a tres años o menos de cumplir edad y semanas cotizadas o (ii) de completar las semanas, pero ya cuenta con la edad.

En esa misma dirección, tanto el Decreto 1415 del 2021 y la Ley 2040 del 2020, han establecido de manera clara, que la calidad de prepensionada, o de sujeto "*próximo a pensionarse*", se configura cuando al servidor le faltan tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, nótese, que dicha figura según el marco jurídico, puede ser alegada cuando existe una completa expectativa para acceder a la pensión de vejez ya sea porque al titular del derecho le faltan tres años en edad para pensionarse, o en su defecto, tres años de cotización, así las cosas, es claro que esta condición es solo aplicable para pensión de jubilación y no para pensión de invalidez, lo cual es lógico en el sentido que esta última pensión no exige edad sino un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En ese orden de ideas, no es posible hablar aquí de condición de prepensionada por parte de la vinculada con ocasión de la enfermedad padecida en el año 2008, y de otra parte, la Sala hasta este punto desconoce la edad y las semanas de cotización que les faltare a la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, para acceder a una pensión de vejez, lo que imposibilita darle ese estatus al interior de esta acción judicial, además no obra acta de junta médica que determine su porcentaje de pérdida de capacidad laboral para efectos de acceder a una pensión de invalidez ni algún documento que acredite alguna solicitud dirigida a obtener ese derecho, para al menos considerar que está próxima a obtener ese tipo de pensión.

Así las cosas, en efecto, del recuento realizado lo único que se observa es la vulneración de los derechos fundamentales aquí exigidos por el señor Elkin David Mora Alonso, por la omisión en que la entidad territorial ha incurrido respecto a la expedición del acto a través del cual se efectuó su respectivo nombramiento en periodo de prueba. En consecuencia, para esta Sala resulta necesario proteger los derechos fundamentales del accionante.

13001-33-33-011-2022-00147-01

Lo anterior, por cuanto quedó acreditado que el señor Elkin David Mora Alonso ocupó primer lugar de la lista de elegibles del concurso de méritos al cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, y que la señora María del Carmen Herrera Rodríguez, con un nombramiento en provisionalidad, viene ostentando dicho cargo.

De todos modos, de acuerdo con las normas y jurisprudencia aludidas a lo largo del presente proveído, en caso que la señora María del Carmen Herrera Rodríguez se encuentre en alguna situación de discapacidad o en alguna situación de protección especial como madre cabeza de familia o persona que estuviese próxima a pensionarse, debidamente acreditada ante la entidad, el municipio deberá adelantar las gestiones y acciones afirmativas para que en lo posible sea reubicada en otro empleos vacante, y para el cual cumpla los requisitos exigidos para el mismo, dicho análisis y decisión es propio de la respectiva entidad u organismo público, incluso en caso de considerarse que cuenta con el derecho a la pensión de invalidez la acompañará en la gestión para la obtención de ese reconocimiento pensional.

Bajo tal contexto, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia de fecha seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas del señor Elkin David Mora Alonso, para en su lugar acceder a las pretensiones del tutelante. Del mismo modo, la Alcaldía Municipal de San Estanislao de Kostka, en caso que la señora María del Carmen Herrera Rodríguez acredite ante la entidad que se encuentre en alguna situación de discapacidad o en alguna situación de protección especial como madre cabeza de familia o persona que estuviese próxima a pensionarse, deberá realizar todos los esfuerzos administrativos para que en lo posible sea reubicada en otro empleo vacante de esa entidad e incluso en caso de considerarse que cuenta con el derecho a la pensión de invalidez la acompañará en la gestión para la obtención de ese reconocimiento pensional.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia de fecha seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Décimo Primero

13001-33-33-011-2022-00147-01

Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, mínimo vital y acceso a cargos y funciones públicas del señor ELKIN DAVID MORA ALONSO conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDÉNESE a la ALCALDÍA DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA- BOLÍVAR, que, dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a expedir el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba del señor ELKIN DAVID MORA ALONSO, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 219, GRADO 1, IDENTIFICADO CON EL CÓDIGO OPEC NO. 73388, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de San Estanislao de Kostka – Bolívar , ofertado en el Proceso de Selección en el proceso de Selección No. 763 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.

CUARTO: ORDÉNESE a la ALCALDÍA DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA- BOLÍVAR, que, dentro del término legal dispuesto para el efecto, NOTIFIQUE dicha resolución de nombramiento al accionante, señor ELKIN DAVID MORA ALONSO, a fin de que este, a su vez, manifieste si acepta o no el cargo y en caso de aceptar, désele posesión del mismo dentro de los términos dispuestos en la ley.

QUINTO: ORDÉNESE a la ALCALDÍA DE SAN ESTANISLAO DE KOSTKA- BOLÍVAR, que, en caso que la señora María del Carmen Herrera Rodríguez acredite ante la entidad que se encuentre en alguna situación de discapacidad o en alguna situación de protección especial como madre cabeza de familia o persona que estuviese próxima a pensionarse, deberá realizar todos los esfuerzos administrativos para que en lo posible sea reubicada en otro empleo vacante de esa entidad, mientras cumpla los requisitos para desempeñar ese cargo, incluso en caso de considerarse que cuenta con el derecho a la pensión de invalidez la acompañará en la gestión para la obtención de ese reconocimiento pensional.

SEXTO: ORDÉNESE a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC que, dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la notificación de este proveído, publique en su página web oficial, la decisión aquí tomada, con el fin de que los interesados en la misma, conozcan su contenido, y si es su voluntad, se pronuncien al respecto.



13001-33-33-011-2022-00147-01

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito y **COMUNÍQUESE** al juzgado de origen.

OCTAVO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sala Virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ