



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
Ibagué, seis (06) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA.
Accionante: MAGALLY WILCHES RONDÓN
Accionado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-MINISTERIO DEL
TRABAJO-MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN
SOCIAL-HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E.
Radicación N°: 73001-33-33-009-2019-00027-00

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por Magally Wilches Rondón, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y la Protección Social y el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

1. PRETENSIONES

Solicita la accionante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al salario mínimo, presuntamente vulnerados por las entidades que han sido accionadas y que, en consecuencia, se les ordene su reintegro inmediato al cargo que venía desempeñando en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir mientras permaneció desvinculada.

2. HECHOS

Los que tienen relevancia jurídica son los siguientes:

- 2.1. Que laboró para el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. en el cargo de auxiliar administrativo desde el 15 de abril de 1988 y hasta el 14 de enero de 2019, fecha en la que, mediante el oficio N° 1206-GTH, le fue comunicado su despido, de conformidad con lo señalado en la Resolución N° 3629 del 26 de diciembre de 2018, que ordenaba la declaración de insubsistencia del cargo.
- 2.2. Que en el año 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil dio inicio al concurso de méritos, bajo la convocatoria N° 426, tendiente a proveer cargos vacantes de la planta de personal, perteneciente al sistema general de carrera administrativa del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., proceso que terminó con la elaboración de la lista de elegibles y la desvinculación de la actora.
- 2.3. Que tiene 56 años de edad y 1.011 semanas cotizadas al sistema pensional, por lo que le faltan menos de 3 años para acceder a su pensión de vejez, razón por la que se encuentra cobijada por el retén social que impide que la entidad la pueda desvincular, hasta tanto no exista el correspondiente acto administrativo de reconocimiento pensional.

3. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

3.1. HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E.

Señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil había dado inicio al concurso de méritos N° 426 de 2016, por medio del cual se pretendía proveer los cargos en carrera requeridos por el centro hospitalario, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 125 constitucional, que disponía que al empleo público se debía acceder a través de un concurso de méritos, razón por la que había de concluirse que las pretensiones de la acción carecían de oportunidad e inmediatez, en la medida en que con ellas se buscaba que, a través de la acción de amparo constitucional, se inaplicara un concurso que había iniciado desde el año 2016, cuando ya habían transcurrido más de dos años para controvertirlo y, además, porque pretendía desconocer los derechos de los ciudadanos que, habiendo superado las diferentes pruebas dispuestas para el efecto, hacían parte de la lista de elegibles de donde se proveerían los diferentes cargos, cuando ya había transcurrido más de mes y medio desde que se había notificado su confección.

Afirmó que, contrario a lo señalado por la actora, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha concluido que la condición de madre o padre cabeza de familia, discapacidad o prepensionado, pueden encontrarse por encima del mérito para acceder a un cargo público, pues a los primeros, por tener la anotada condición, no se les otorga un derecho indefinido de permanecer en el cargo a proveer, solo que, dadas sus especiales circunstancias, deben ser los últimos en ser removidos de sus empleos en el proceso de mérito.

3.2. MINISTERIO DEL TRABAJO

Sostuvo que el 16 de enero del año que avanza, había realizado una visita administrativa laboral especial a las instalaciones del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., a fin de verificar la posible afectación de los derechos laborales de la actora y mediante auto N° 019 del día 18 del mismo mes y año se había dado apertura a la averiguación preliminar, razón por la que solicitaba su desvinculación, en consideración a que había actuado en debida forma y de acuerdo a las facultades que le habían sido conferidas para el efecto.

3.3. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Señaló que la situación puesta bajo conocimiento del Despacho no era del resorte de la entidad, lo que generaba una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no participaba en la coadministración de las plantas de personal de las entidades del Estado, lo cual se encontraba radicado de manera exclusiva en el nominador de cada una de ellas, en este caso, al Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

Afirmó además que el 07 de diciembre de 2018 se había publicado la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 13, del sistema general del carrera de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, ofertado a través de la convocatoria N° 426 de 2016, la cual había adquirido firmeza el día 15 del mismo año y, por lo tanto, con ella habían surgido derechos ciertos y subjetivos para sus integrantes de acceder a la carrera administrativa, los cuales no podían ser desconocidos por la intervención constitucional so pretexto de proteger los derechos de una emplea provisional que alegaba encontrarse en una situación de especial protección, como lo sería estar próxima a pensionarse, razón que impedía que en el caso concreto se accediera a las pretensiones de la acción.

Finalizó argumentando que la actora no había hecho parte de la convocatoria N° 426 de 2016 y, por lo tanto, no se encontraba posicionada en la lista de elegibles, de manera que si por voluntad propia había decidido no hacer parte del proceso de selección, resultaba reprochable que ahora pretendiera que se desconocieran los derechos de las personas que habían superado todas las etapas del concurso de mérito y que tenían expectativas legítimas de ser nombrados en un cargo en carrera administrativa.

4. TRAMITE PROCESAL.

El escrito de tutela fue radicado el 24 de enero de 2019, admitido en auto del día 25 del mismo mes y año, en el que se ordenó oficiar a las entidades accionadas y, además y se dispuso la vinculación de los integrantes de la lista de elegibles del cargo de auxiliar administrativo del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., dentro de la convocatoria N° 426 del 2016.

Mediante actuación secretarial, según se acredita en el folio 69, se solicitó a la Dirección de Recursos Humanos del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., que por su intermedio, notificara a los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria N° 426 de 2016, respecto de la OPEC N° 31171, del cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 13, sobre la iniciación de la presente acción de tutela, lo cual ocurrió mediante el envío de la comunicación a la dirección de residencia reportada para el efecto, según fue reportado por la entidad accionada, conforme a lo que se observa en los folios 70 a 74¹.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el art. 1° del Decreto 1983 de 2017.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá determinar el Despacho si:

5.2.1. En el caso concreto, resulta procedente la acción de amparo constitucional para alcanzar los fines con ella perseguidos.

5.2.2. Existe mérito para amparar los derechos fundamentales reclamados por el accionante y, en consecuencia, si resulta procedente disponer la orden en el sentido que se pretende.

5.3. CARÁCTER SUBSIDIARIO Y RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de las acciones u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Sobre su carácter subsidiario y residual, el artículo 86 constitucional dispone que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u

¹ Edgar Javier Muñoz Morelos, Gildardo Bernate Bautista, Nohora Inés Moncada Araque y Álvaro Andrés Gómez Rivera, quien según el centro hospitalario accionado, resultó nombrado en el cargo que ocupaba la actora.

omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales.

En armonía con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados; (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (iii) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

En relación con el tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-129 del 2009, señaló:

“... en lo que tiene que ver con el principio de subsidiariedad, mediante su fijación como requisito de procedibilidad se evita que la jurisdicción constitucional vacíe las competencias administrativas o judiciales confiadas a otras autoridades. En ese sentido, es preciso recordar que la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra comprometido con la exigencia de garantizar la prevalencia reconocida a los derechos fundamentales por la Carta (artículo 5°). En consecuencia, la totalidad de las actuaciones desarrolladas por las distintas ramas del poder público no sólo se encuentran sometidas a lo dispuesto en el texto constitucional, sino que, adicionalmente, los instrumentos judiciales y administrativos que ante aquellas pueden ser promovidos por los ciudadanos se encuentran orientados, en últimas, a asegurar el impostergable mandato de protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo con tal consideración, se concluye que la acción de tutela no es el único medio judicial del cual dispone la ciudadanía para hacer valer sus derechos fundamentales pues, en oposición, el conjunto de acciones y recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico son instrumentos aptos para dicha labor. Sólo de esta manera puede comprenderse la naturaleza residual de la acción consagrada en el artículo 86 constitucional, en virtud de la cual aquella sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales la persona no cuenta con un instrumento judicial o administrativo de defensa o, en segundo término, cuando ante una específica amenaza de vulneración de derechos fundamentales los mecanismos ordinarios de amparo no resultan idóneos para conjurar el aludido riesgo que se cierne sobre tales garantías.”

Para que la acción de tutela se torne improcedente², no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica que el juez constitucional debe realizar un estudio ponderado del mecanismo “ordinario” previsto por el ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante.

La Corte Constitucional ha precisado cuáles son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales, así, en la sentencia T-003 de 1992, sostuvo que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial:

“(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una

² Sentencia SU-339-11.

relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”.

Sobre el tema, se aseveró² que correspondía al juez de tutela indagar si la “acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados”, criterio jurisprudencial que cimentó la Corte Constitucional en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos para precisar las características que debía reunir el otro medio de defensa judicial para desplazar a la acción de tutela, y concluyó que éste debía ser sencillo, rápido y efectivo, de conformidad con lo previsto en dicho instrumento internacional. Criterio que ha sido reiterado en numerosos fallos posteriores.

En definitiva, de la interpretación sistemática del artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha concluido la Corte Constitucional, que han de existir instrumentos realmente efectivos e idóneos para la protección de los derechos; cuando ello ocurre, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige.

5.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS

La jurisprudencia constitucional ha establecido la pertinencia de la acción de tutela, pese a la existencia de otro medio judicial adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando este no resulta idóneo para proteger en toda su dimensión los derechos fundamentales amenazados.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela dentro de concursos de méritos, el Consejo de Estado³ ha señalado, que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, prevé que la acción de tutela no es la vía pertinente cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pero que dicho medio alterno debe ser eficaz, pues, de lo contrario, la tutela procede como mecanismo judicial de protección.

Tal como lo aceptó nuestro órgano de cierre⁴, las decisiones que se dictan durante el concurso de mérito son actos de trámite, expedidos dentro de la actuación propia del mismo y las determinaciones que en ellos se adoptan, se hacen para impulsar y dar continuidad al proceso propio de las convocatorias, en cumplimiento de los deberes legales de las entidades involucradas.

En este sentido, el Consejo de Estado ha reconocido que la tutela puede ser procedente dentro de alguna de las etapas de concurso público de méritos, a pesar de que pueda existir otro medio de defensa judicial, pero sólo mientras no se configure la lista de elegibles que reconozca derechos subjetivos de los participantes que la integren, pues en ese evento, la acción constitucional de tutela no resulta procedente.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido, que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos.

² Sentencia T-006 de 1992

³ Sentencia de 3 de abril de 2008, Exp. AC- 2008-00009, M.P. doctora Ligia López Díaz

⁴ Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

En desarrollo de esta postura, la Corte Constitucional ha explicado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración y por ello⁵:

“Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos ‘se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo al las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)’. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. (...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.”

Así las cosas, al configurarse la lista de elegibles que crea derechos ciertos en favor de sus participantes, la administración no puede desconocer su contenido, ni la acción de tutela resulta procedente para impedir su materialización, ni siquiera de manera provisional para evitar un perjuicio irremediable, en tanto tal disposición lesionaría los derechos fundamentales que le asisten al ciudadano que cumplió con todos los requisitos para ser nombrado en la respectiva entidad, luego de superar el concurso de méritos al que fue convocado y, por lo tanto, la legalidad de la actuación solo puede ser desvirtuada por el Juez de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a asuntos como el sub judice, en los que se controvierten decisiones relacionados con concursos de méritos, la Jurisprudencia ha estudiado la procedencia del mecanismo Constitucional⁶ así:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.

⁵ Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008, T-494 de 2008

⁶ Sentencia T-682 de 2016.

Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.

Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) "aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional"; (ii) cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."

En línea con lo anterior, en sentencia T-386 de 2016, destacó nuestro Tribunal Constitucional:

"Ahora bien, en el caso de la procedibilidad de la acción de tutela en concursos de méritos, esta Corte ha realizado algunas precisiones adicionales. En la sentencia SU-617 de 2013, la Corte señaló que era necesario determinar si en el marco de un concurso la demanda radica sobre actos administrativos de trámite, pues estos simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

En ese mismo pronunciamiento, la Sala Plena precisó que el artículo 75 del CPACA, Ley 1437 de 2011, determinó que por regla general los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, y que su control solamente es viable frente al acto definitivo, bien sea interponiendo los recursos procedentes contra él, o bien mediante alguna causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. De manera que, contra la acción de tutela solo procedería de manera excepcional, cuando el citado acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación administrativa y cuando además se demuestre que resulta en

una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.

Recientemente, en la sentencia SU-553 de 2015, la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos relacionados con la provisión de cargos en la rama judicial. Al respecto, se explicó que por ejemplo la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia, pues como consecuencia de ello, no se le podría garantizar la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se reiteró que la Corte ha fijado (Sentencia T-090 de 2013) dos subreglas para la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos: "(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."

En conclusión, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración."

5.5. PROVISIÓN DE CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS

La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; en el mismo sentido, el artículo 125 señala: "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera".

La Corte Constitucional ha indicado que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos: "1) El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; 2) Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y 3) Para proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo."⁷

Es necesario tener en cuenta que, la convocatoria para proveer cargos de carrera, se orienta a atraer y retener a los ciudadanos más idóneos, para que estos se desempeñen como empleados públicos de una determinada entidad, basándose en

⁷ Sentencia 1079 del 5 de dic. 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil

la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio.

Con relación al concurso de méritos, su naturaleza y fines, el Consejo de Estado ha dicho⁸:

"Es preciso aclarar que el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución Política para que, en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los empleos del sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

Así mismo, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 C.P.).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino también los parámetros a los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para adelantar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles.

Hacer caso omiso de las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse a su cumplimiento, atenta contra el principio de legalidad al que está sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación".

Respecto de la obligatoriedad de lo establecido en las convocatorias, la Corte Constitucional, en sentencia T-829 de 2012⁹, afirmó:

"(...) Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

La convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta. CP Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Sentencia de Tutela de 14 de junio de 2018. Exp. 68001-23-33-000-2017-01321-01(AC)

⁹ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían los principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

5.6. LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA Y LA SITUACIÓN ESPECIAL DE QUIENES SE ENCUENTRAN EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA.

La creación de un régimen de carrera para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza (general o especial), exige que el *acceso* y la *permanencia* en estos se logre, exclusivamente, con base en el mérito, a través de un proceso de selección en el que se evalúen las competencias y calidades de los aspirantes, de acuerdo con la regulación establecida por el legislador para el efecto.

Sobre esa base, quienes superen satisfactoriamente todas las etapas de un concurso para acceder a cargos públicos e integren el registro de elegibles, adquieren, entre otras prerrogativas, el derecho a la permanencia y estabilidad en el empleo para el cual aspiraron, de tal suerte que solo procederá su *retiro* por razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley (art. 125, inciso 4º Const.). A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte Constitucional, que si bien es cierto, el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, 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, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

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

Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como padres o madres cabeza de familia, personas con discapacidad y próximos a pensionarse, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

6. CASO CONCRETO

Solicita Magally Wilches Rondón, el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al salario mínimo, presuntamente vulnerados por las entidades que han sido accionadas y que, en consecuencia, se ordene su reintegro inmediato al cargo que venía desempeñando en el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir mientras permaneció desvinculada.

Se ha logrado demostrar que la actora nació el 16 de septiembre de 1962 y laboró para el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. en el cargo de auxiliar administrativo desde el 15 de abril de 1988 y hasta el 14 de enero de 2019, fecha en la que, mediante el oficio N° 1206-GTH, le fue comunicado su despido, toda vez que su cargo sería ocupado por una persona que hacía parte de la lista de elegibles del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el efecto (Fols. 11-21 y 51).

También se demostró que la actora ha efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 02 de enero de 1985, cotizando como empleada del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. desde el 01 de marzo de 1999, teniendo en total 1.011 semanas cotizadas, de las cuales 940.57 corresponden al sector público, pues 21.43 corresponden a la Cooperativa de Ahorro del Colegio San Simón y 49.14 a la empresa Tolibolsa S.A. (Fols. 22-31).

Ahora bien, como la parte actora alega que se encuentra en estado de pre-pensionable, lo que exige que le falten menos de 3 años para acceder a su pensión

de vejez¹¹, resulta pertinente analizar si en el caso concreto se encuentran reunidos los requisitos exigidos para el efecto.

Sobre lo pertinente, es preciso recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).”

Ahora bien, aplicando la norma que ha sido referida al caso concreto, encontramos que al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora tenía 31 años de edad, por cuanto nació el 16 de septiembre de 1962 y contaba con más de 9 años de cotización al sistema general de seguridad social en pensión, por cuanto comenzó a laborar desde el 02 de febrero de 1985 y, por ello, se concluye que no se encuentra cobijada por el régimen de transición y, por lo tanto, para acceder a la pensión de vejez se debe observar el régimen general dispuesto en el artículo 33 de la norma en comento, el cual dispone:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

*1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y **siete (57) años de edad para la mujer**, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

*2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015**. (...)”* (Resaltados fuera del texto original).

De lo expuesto se concluye que, para que la actora pueda acceder a su pensión de vejez, debe tener 57 años de edad y, por lo menos, 1300 semanas cotizadas al sistema, así que para ser considerada pre pensionable, debía tener, al 14 de enero de 2019, fecha en la que fue despedida, como mínimo 54 años de edad y 1.156 semanas cotizadas ($1300 - 144 [48 \text{ semanas} \times 3 \text{ años}] = 1.156$). Sin embargo, de los medios de prueba que han sido traídos a juicio, se evidencia que la accionante no cumple con los requisitos para ser considerada pre pensionable, pues si bien es cierto, al momento de su despido tenía 56 años, cumpliendo así el requisito de edad,

¹¹ Ley 790 de 2002: ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

tan solo contaba con 1.011 semanas cotizadas, por lo que para cumplir con el requisito de la densidad, le hacen falta 145 semanas de cotización, razón por lo que no puede alegar que le hacen falta menos de 3 años para acceder a su derecho pensional y por ello, no le asisten los derechos derivados de una estabilidad laboral reforzada.

De otro lado, se acreditó que mediante la Resolución N° CNSC-20182110170235 del 15 de diciembre de 2018 (Fols. 52-53), se conformó la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 13, del sistema general del carrera de la E.S.E. Hospital Federico Lleras Acosta, ofertado a través de la convocatoria N° 426 de 2016, quedando así:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera denominado Auxiliar Administrativo, Código 407: Grado 13, de la E.S.E. HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, ofertado a través de la Convocatoria N° 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 31171, así:

Posición	Documento	Nombres y Apellidos	Puntaje
1	5821428	ÁLVARO ANDRÉS GÓMEZ RIVERA	78,06
2	93406026	GILDARDO BERNATE BAUTISTA	76,91
3	39664400	NOHORA INÉS MONCADA ARAQUE	75,69
4	72253308	EDGAR JAVIER MUÑOZ MORELOS	74,50

Así las cosas se evidencia que, en el caso concreto, no resulta procedente la intervención de juez constitucional, en consideración a que, como ha quedado ilustrado, al estar conformada la lista de elegibles de la que se proveerán las vacantes definitivas de la convocatoria N° 426 de 2016, respecto de la OPEC N° 31171, han surgido derechos subjetivos en favor de sus participantes que no pueden ser desconocidos por una acción de amparo constitucional, so pretexto de invalidar una actuación administrativa que se predica irregular, máxime si se tiene en cuenta que la actora no se encuentra cobijada por una estabilidad laboral reforzada y, por lo tanto, su despido no puede catalogarse como irregular o injusto, por cuanto ha obedecido a causales objetivas para disponer del cargo que venía ocupando en provisionalidad.

Ahora bien, dentro de los argumentos expuestos por la parte actora en su escrito de tutela, hace varios señalamientos contra el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, asegurando que en él se cometieron varias irregularidades que no solo vician el procedimiento, sino además, vulneran sus derechos fundamentales. Sin embargo, el medio de control constitucional no resulta procedente para estudiar la legalidad de los actos administrativos que han sido cuestionados, pues para ello existe un mecanismo de defensa ordinario del cual podía haber hecho uso el extremo activo, si a bien lo tenía, de manera que, por ser un recurso eminentemente excepcional y residual, la acción de tutela es improcedente para los fines aquí perseguidos.

Como colofón de lo afirmado, para el Despacho no existe merito suficiente para estimar acceder a las pretensiones de la acción y en consecuencia, serán negadas.

Por lo anterior, se profiere la siguiente:

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

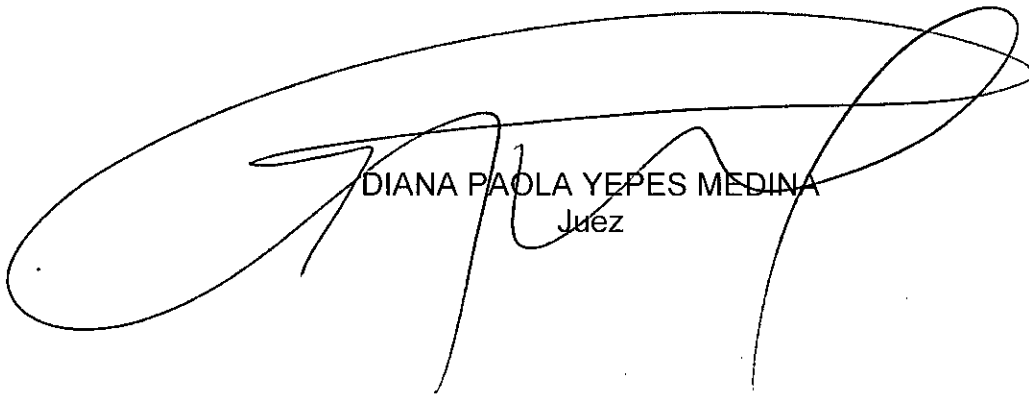
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la acción de tutela incoada por Magally Wilches Rondón, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Salud y la Protección Social y el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E..

SEGUNDO: Por Secretaria, NOTIFICAR este fallo a las partes por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar el día siguiente de haberse proferido, según disposición del artículo 30 de Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: PUBLICAR la presente providencia, en la página web de este Juzgado y de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, link convocatorio N° 426 de 2016, respecto de la OPEC N° 31171, para conocimiento público, de los participantes y a efectos de que los terceros con interés, puedan ejercer su derecho de contradicción si así lo estiman.

CUARTO: En caso de no ser impugnada esta sentencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional, en la oportunidad señalada por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA PAOLA YEPES MEDINA
Juez