

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veintiséis de enero de dos mil veintitrés.

Acción de Tutela No. 1100131 03 025 2023 00005 00.

Resuelve el juzgado la acción de tutela formulada por la señora PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ contra la Agencia de Renovación del Territorio – ART., trámite al cual se vinculó la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-, y SANITAS EPS; igualmente se ordenó notificar a todas las personas que conforman la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No. 19667 del 2 de diciembre de 2022 para el empleo denominado “*GESTOR, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169 MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de personal de la ART, Proceso de Selección No. 1498 de 2020 –Nación 3*”, y también enterar de esta acción a la señora INGRID CONSUELO AVILA TORO, quien ocupa actualmente el citado cargo en provisionalidad.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretende la accionante la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, así como la protección laboral reforzada de la mujer gestante o lactante. En consecuencia, solicitó: “*(...) Ordénese a la Agencia de Renovación del Territorio – ART proceder de manera inmediata a nombrarme en periodo de prueba en el empleo denominado GESTOR, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169 MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de personal de la ART, Proceso de Selección No. 1498 de 2020 –Nación 3, y programar enseguida el respectivo acto de posesión*”

1.2. Como fundamentos fácticos relevantes expuso que en el marco del proceso de selección No. 1498 de 2020 –Nación 3, adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se inscribió para participar en el empleo denominado GESTOR, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169 de la Agencia de Renovación del Territorio.

Adujo que, una vez agotadas todas las etapas del concurso, la CNSC el día 15 de diciembre de 2022 publicó la Resolución No. 19667 del 2 de diciembre

de 2022, por el cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer un (1) cargo vacante definitivo en el empleo antes citado, en el cual ocupó el primer puesto.

Explicó que, de conformidad con el artículo 27 del acuerdo que rige el proceso de selección concordante con el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles la Comisión de Personal de la Agencia de Renovación de Territorio podía solicitar a la CNSC la exclusión de las personas que figuran en ella, sin embargo, transcurrido ese periodo el 23 de diciembre de 2022, la CNSC dejó en firme la lista de elegibles.

Arguyó que, la agencia accionada debía efectuar su nombramiento en periodo de prueba dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la lista de elegibles, de acuerdo a lo normado por el artículo 5 de la Resolución 19667 del 2 de diciembre de 2022. Empero, dicho lapso feneció el 6 de enero de 2023, sin que a la fecha de presentación de la acción de tutela se haya notificado su nombramiento al cual tiene derecho por ser la primera en la lista de elegibles.

Finalmente, sostuvo que, el 14 de enero de 2023 nació su segundo hijo, por lo cual se encuentra actualmente en licencia de maternidad.

1.3. Asumido el conocimiento de la presente causa por parte de este estrado judicial, se dispuso oficiar a la entidad accionada y vinculadas, a fin de que rindieran un informe detallado sobre las manifestaciones contenidas en el escrito de tutela, y así mismo, remitieran copia de la documentación que para el caso en concreto correspondiera.

1.3.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, adujo falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no es la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por la accionante, ya que mediante la resolución No. 19667 del 2 de diciembre de 2022, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer un cargo vacante en el empleo denominado “*Gestor, Código T1, Grado 13 de la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio*”, el cual adquirió firmeza, lo que significa que esta entidad perdió competencia, trasladándose a la entidad nominadora continuar con lo establecido

en la norma, correspondiente a los nombramientos en periodo de prueba de las personas elegidas en estricto orden de mérito en los actos administrativos.

1.3.2 La Agencia de Renovación del Territorio, informó que, en efecto, la señora PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ ocupa el primer (1°) puesto en la lista de elegibles que tiene por objeto proveer una vacante del empleo denominado “*Gestor, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169 de la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio*”, de conformidad con la resolución No. 19667 del 2 de diciembre de 2022, lista que cobró firmeza el día 23 de diciembre de 2023.

No obstante, lo anterior, afirmó que la administración tiene la obligación de adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores en condiciones especiales que se encuentren vinculados en provisionalidad sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados para no vulnerar sus derechos fundamentales. Por lo que, el pasado 12 de enero de 2023 ofició a diversas dependencias con el objeto de remitir los listados con los perfiles de los cargos que se encuentren ocupados por personas en condiciones especiales, a fin de que se revise si dentro de las respectivas plantas de personal existe la posibilidad de reubicarlos y de esta manera garantizar al máximo la protección de sus derechos.

En consecuencia, solicitó al juzgado que hasta el 25 de enero de 2023 se le diera como plazo máximo para culminar las acciones afirmativas a que hubiere lugar y, a su vez proceder con el nombramiento y posterior posesión de la accionante, de conformidad con el cronograma previamente establecido por dicha entidad para surtir los respectivos procesos internos de empalme de cargos.

1.3.3 Sanitas EPS señaló que, la señora PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ se encuentra afiliada en dicha entidad en calidad de cotizante independiente con estado de afiliación activa.

Refirió que la accionante cuenta con licencia de maternidad por parto normal bajo el certificado No. 55832459 por el término de 126 días, el cual comprende desde el día 13 de mayo de 2019 al 15 de septiembre de 2019, con un ingreso base de cotización de \$2.410.000.

Finalmente, solicitó su desvinculación del presente trámite, en tanto que, las inconformidades que dan lugar a la presente acción radican en el nombramiento de cargos públicos de acuerdo con los resultados del concurso, lo cual escapa a la órbita de obligaciones y responsabilidades de la EPS.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La Carta Política en su artículo 86 estableció la acción de tutela, con el objeto de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.

2.2. La Corte Constitucional, en múltiples oportunidades¹ ha precisado que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto.

No obstante, la propia Corte Constitucional excepcionalmente ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando ésta no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos, como lo ha decantado en sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002 e incluso en sentencia SU-913 de 2009; en esta última la Corte concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos, de lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

¹ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Esa postura ha sido reiterada en recientes pronunciamientos, obsérvese lo señalado en Sentencia T-059 de 2019, que a su vez fue mencionada en Sentencia T-340 de 2020, providencias en las cuales, dentro del marco del concurso de méritos, 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 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. (...)”

2.3. La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los pensionados.

En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera

gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que *“únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresamente claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos”*. En este evento, *“la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso”*.

Bajo esta óptica, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

Igualmente, la Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como lo serían *“las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por personas que acceden por concurso de méritos, sí surge la obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa”*²

Así las cosas, ha concluido el Alto Tribunal Constitucional que, *“Cuando con fundamento en el principio del mérito **surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso**, en un cargo de carrera ocupado **en provisionalidad por un sujeto de especial protección** como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución, y en la materialización del principio de solidaridad social, **se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo***

² Sentencia SU-446 de 2011

en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.” – se resalta-³

2.4. En el caso bajo estudio, la señora PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ, presenta acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos y protección laboral reforzada de la mujer gestante o lactante, manifestando ser vulnerados por la Agencia de Renovación del Territorio – ART, al no efectuar su nombramiento en periodo de prueba al cargo vacante denominado “GESTOR, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169 MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de personal de la ART, Proceso de Selección No. 1498 de 2020 –Nación 3”, a pesar de que ocupaba el primer (1º) lugar de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 19667 del 2 de diciembre de 2022, expedida por la CNSC.

En efecto, en el material probatorio recaudado obra la pluri citada lista de elegibles, en la cual se aprecia que la accionante, ocupó el primer lugar, así:

Que el Proceso de Selección No. 1498 de 2020 – Nación 3 se encuentra adscrito al Despacho de la Comisionada Mónica María Moreno Bareño.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Conformar y adoptar la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR, Código T1, Grado 13, identificado con el Código OPEC No. 147169, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO - ART**, ofertado con el Proceso de Selección No. 1498 de 2020 – Nación 3, así:

POSICIÓN	DOCUMENTO	NOMBRES	APELLIDOS	PUNTAJE
1	53016476	PATRICIA	ORTIZ BOHORQUEZ	65.80
2	1030580311	ANGELLY JOHANA	COY MOYA	65.49
3	11433523	LUIS JAVIER	BOLIVAR JARAMILLO	65.30
4	79470610	JOSE ANDRES	CAMELO ORTIZ	64.94
5	11322841	LUIS ARMANDO	GARCIA BARCO	64.93
6	7507582	ALEXANDER	MONSALVE GARCIA	63.87
7	1010173433	GLADYS NAYIBE	BARRERA SOPO	63.19

¹ Artículo 24. CONFORMACIÓN Y ADOCIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. De conformidad con las disposiciones del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, la CNSC conformará y adoptará, en estricto orden de mérito, las Listas de Elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos ofertados en el presente proceso de Selección (...).
² Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: Artículo 31. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

³ Sentencia T 373 de 2017

En réplica, la entidad accionada indicó que, se encuentra adelantando acciones afirmativas tendientes a lograr la reubicación laboral, si fuere posible, de la persona que actualmente ocupa dicho cargo en provisionalidad, en virtud de la obligación legal en cabeza del nominador de propiciar un trato preferencial de aquellas personas que por sus condiciones particulares y excepcionales sean sujetas de especial protección constitucional, para que en la medida de lo posible sean reubicadas en un cargo vacante de la misma jerarquía o equivalencia al que venían ocupando o sean los últimos en ser desvinculados. Cumplido lo anterior, procedería al nombramiento de la accionante.

En razón de ello, se vinculó al trámite constitucional a la señora INGRID CONSUELO AVILA TORO, quien actualmente ocupa en provisionalidad el cargo que reclama la accionante en virtud del concurso de méritos; no obstante, a pesar de encontrarse enterada de la presente acción constitucional optó por permanecer silente.

Precisado lo anterior, el juzgado pone de presente que, si bien, le asiste razón a la administración cuando alega que es su deber emprender acciones afirmativas tendientes a la protección de los derechos de las personas que ocupen en provisionalidad los cargos que serán provistos definitivamente por quien supere el concurso de méritos; no obstante, olvida que, dicha obligación surge siempre y cuando el afectado demuestre al momento de su desvinculación estar inmerso en alguna condición excepcional que lo ubique en un estado de vulnerabilidad y por ende, sujeto de especial protección constitucional, como lo es el caso de *“las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad”*, pues solo en esos eventos es plausible propiciar un trato preferente, sin que ello de ningún modo comporte la posibilidad de desplazar los derechos adquiridos por quien supere todas las etapas del concurso y este llamado a proveer definitivamente el cargo vacante.

En ese sentido, en el *sub-lite*, no se acreditó que la señora INGRID CONSUELO AVILA TORO ostente alguna condición especial que torne como obligatoria la adopción de medidas afirmativas por parte de la administración, lo cual, en todo caso no puede ir en desmedro de los derechos adquiridos por la accionante, dado que, la estabilidad laboral relativa de la que goza la señora

AVILA TORO cede frente al derecho de quien supero el respectivo concurso de méritos.

Adicionalmente, ha de advertir la administración, que, por su parte, la señora PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ, ostenta una condición especial al ser madre lactante y estar en curso su licencia de maternidad, sin que ello de ningún modo sea óbice para no efectuar su nombramiento. Lo anterior, sin perjuicio de la adopción de las medidas pertinentes que deberá emprender la administración acorde a su situación particular, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos laborales y fundamentales tanto de la madre como del recién nacido.

Con todo, no cabe duda de que el nominador está obligado a nombrar al primero de la lista, en consideración a que, en el presente caso, hay un cargo vacante para el empleo denominado “*GESTOR, Código T1, Grado 13 de la planta de personal de la ART*”, y no existe ninguna causal de fondo que pueda oponerse al nombramiento.

Siendo entonces imperativo dar aplicación a lo previsto en el artículo quinto de la resolución No. 19667 del 2 de diciembre de 2022, el cual señala: “*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, los nombramientos en periodo de prueba que procedan, en razón al número de vacantes ofertadas*”. Y en el *sub-lite*, dicho acto quedó en firme el 23 de diciembre de 2022.

3. CONCLUSIÓN

En estas condiciones se concederá el amparo constitucional deprecado, en la medida que, se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la promotora con ocasión a la renuencia de la administración de efectuar su nombramiento, para lo cual deberá adoptar las medidas que resulten conducente, atendiendo la situación actual de la tutelante.

4. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

4.1. Conceder el amparo solicitado por PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ, en contra de la Agencia de Renovación del Territorio – ART, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

En consecuencia, se dispone:

ORDENAR a la Agencia de Renovación del Territorio – ART, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda al nombramiento de la señora **PATRICIA ORTIZ BOHORQUEZ** en el cargo para el cual concurso, y adopte las medidas conducentes y necesarias para que el mismo sea compatible a su situación particular. Acredítese su cumplimiento, so pena de incurrir en desacato.

4.2. Notificar este fallo conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4.3. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

Cúmplase.

El Juez,

L.S.S.



LUIS AUGUSTO DUEÑAS BARRETO