

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Decide el despacho, en primera instancia, la acción de tutela radicada bajo el No. 680014088014-2022-0011100, instaurada por EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, en contra de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, habiendo sido vinculado COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES PORVENIR, COLFONDOS, JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

ANTECEDENTES

El señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, presentó acción de tutela contra la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, por los siguientes hechos:

Tiene 63 años de edad y desde el año 1986 hasta el año 1999 realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida en el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, hoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

En septiembre del año 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Posteriormente, en diciembre del año 2002 se trasladó al fondo COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, entidad que según él no le explicó cómo sería el plan de pensión ni hizo un estudio detallado de las consecuencias de permanecer en el régimen de ahorro individual.

El día 2 de mayo de 2013 fue nombrado por parte de la Gobernación de Santander en el cargo de auxiliar administrativo en provisionalidad mediante resolución No. 8247 del 2013; en razón de lo cual desde el día 05 de mayo de 2013 y hasta el 30 de septiembre de 2020 prestó sus servicios en el Colegio Integrado Divino Niño del municipio de Capitanejo Santander, en el cargo de secretario académico de dicha institución.

Posteriormente, mediante Decreto 587 del 19 de agosto de 2020, la Gobernación de Santander dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, a fin de realizar unos nombramientos en período de prueba, siendo notificado de ello a través de oficio de fecha 15 de septiembre de 2020 con efectos a partir del día 01 de octubre de 2020.

Manifiesta el actor que la Gobernación de Santander omitió dar aplicación al principio de favorabilidad laboral o indubio pro operario al finalizar la vinculación legal y reglamentaria

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

sin verificar una plaza en la que él pudiera desempeñarse durante el tiempo que le restaba para finalizar su calidad de prepensionado.

De otra parte, expuso el accionante que inició un proceso judicial en contra de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a fin de solicitar la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual, razón por la cual no se le ha realizado el reconocimiento y pago de su pensión vejez.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, identificado con C.C. No. 5.606.315 de Bucaramanga, con dirección de notificación en el correo organizacionlitigioestrategico@gmail.com.

Accionado: GOBERNACIÓN DE SANTANDER.

Vinculada: COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES PORVENIR, COLFONDOS, JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales al TRABAJO, VIDA, MÍNIMO VITAL y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR FUERO DE PREPENSIONADO, los cuales, a su juicio, están siendo desconocido por parte de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER al haberlo desvinculado del cargo auxiliar administrativo que ocupaba en provisionalidad.

Expresamente solicita que se ordene a la Gobernación de Santander su reintegro en un cargo vacante de la misma jerarquía y así mismo el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta la fecha de reintegro.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

GOBERNACIÓN DE SANTANDER:

A través de LUISA FERNANDA TRASLAVIÑA AMADO, Directora Administrativa de Talento Humano- Secretaria Administrativa-, contestó que referente al caso del accionante, la provisión del empleo público se da a través de la convocatoria pública No. 505 de 2017 Gobernación de Santander, convocada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por lo tanto, los aspirantes que se inscribieron competirán en igualdad de condiciones en el proceso de selección, incluyendo los empleados de la administración departamental. Dijo que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante convocatoria 505 de 2017 Gobernación de Santander, convocaron a concurso abierto de méritos los empleos en vacancia definitiva, provistos o no mediante nombramiento provisional o encargo. Cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 5600 de fecha 22 de abril de 2020, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer SESENTA (60) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10, identificado con el Código

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

OPEC No. 30424, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, Proceso de Selección No. 505 de 2017 – Proceso de Selección de Santander.

Manifestó que el día 03 de agosto de 2020, se publicó la lista de elegibles, la cual cobró firmeza y en donde no aparece el señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, para ser nombrado en periodo de prueba en el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10. Indicó que, revisada la Resolución antes referida, se tiene que dentro de la asignación de las vacantes, el accionante EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, no se encuentra en la lista de elegibles para proveer las SESENTA (60) vacantes definitivas del empleo conforme a la Resolución No. 5600 de fecha 22 de abril de 2020, con el fin de realizar el nombramiento respectivo una vez adquieran firmeza individual.

Explicó que una vez en firme la lista de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil debía enviar a la lista a la Gobernación de Santander, en estricto orden de mérito a fin de que la entidad realizara el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto de concurso, el cual debía hacerse dentro de los diez días hábiles siguientes a su envío.

Dijo que conforme lo anterior, se dio cumplimiento a lo ordenado por la CNSC y una vez enviada la lista de elegibles en firme y en virtud del Decreto 5974 del 19 de Agosto de 2020, “Por medio del cual se realizan nombramientos en periodo de prueba, y se da por terminados unos nombramientos provisionalidad”, dentro de los cuales se encontraba la terminación del nombramiento provisional del señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, en cumplimiento a lo ordenado por la CNSC. Por medio de oficio adiado el día 27 de agosto de 2020, comunicándosele de ello al accionante e informándole que su nombramiento en provisionalidad fenecía una vez tomara posesión en periodo de prueba el elegible.

Argumentó que, en consecuencia, el señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, tiene pleno conocimiento que su nombramiento provisional se encuentra sujeto a una condición, la cual es mientras se realice el nombramiento en periodo de prueba a quien ostenta derechos de carrera por haber ganado el concurso de méritos en razón de ser una vacancia definitiva y dado que el accionante no superó el concurso de méritos o no lo presentó, no ostenta derechos de carrera administrativa.

Así mismo expuso que en términos de la Corte Constitucional según Sentencia SU-446 de 2022, se tiene que la condición de empleado en provisionalidad con prepensionado, no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quien superó el concurso de méritos en el cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Santander.

Refirió que, en ese orden de ideas, los servidores públicos que ocupan un cargo en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra el nombramiento en periodo de prueba, el retorno de quien es titular y ostenta derechos de carrera por la terminación del encargo o por la renuncia al encargo, siendo así que esta hipótesis de la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al derecho de quien es titular y supero el respectivo concurso.

En síntesis, concluyó que el accionante no goza de estabilidad laboral reforzada, como tampoco acreditaba la condición de prepensionable al momento de su desvinculación, aparte el cargo que desempeñaba era de provisionalidad, el cual fue sometido a concurso de mérito, frente al cual este no se presentó o no paso el mismo y así mismo tampoco se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional al comprobarse que le faltaban

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

más de tres años para cumplir con el mínimo de semanas necesarias para acceder a su pensión de vejez.

De otra parte y en cuanto al requisito de inmediatez, dijo que la jurisprudencia constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo prudencial, contado a partir del momento en que se genera la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales y en el presente caso, no se cumple con el presupuesto de inmediatez, toda vez que el accionante EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, interpuso la acción de tutela el 14 de Septiembre de 2022, es decir, han transcurrido más de veintitrés (23) meses desde que se notificó el Decreto 5974 del 19 de Agosto de 2020, por medio del cual se dio terminación a la provisionalidad, esto es 01 de octubre de 2020; término más que razonable para indicar que es improcedente la presente acción constitucional por no cumplir el presupuesto de inmediatez.

Por todo lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A:

Por intermedio de DIANA MARTÍNEZ CUBIDES, Directora de Acciones Constitucionales de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, en Bucaramanga, respondió que el señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR S.A, pero sin embargo, es necesario indicar que presento proceso judicial en búsqueda que se declarara la ineficacia de la afiliación ante el JUZGADO 02 LABORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA con radicado 68001310500220220005400, el cual está a la espera de citación para primera audiencia.

De otra parte, dijo que el señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO a la fecha de la presentación de esta tutela, no ha elevado ante esa Administradora, solicitud y/o reclamación alguna, junto con los documentos que acrediten el derecho reclamado, situación que le impide a esta Sociedad pronunciarse sobre la misma. Además, resaltó que las pretensiones elevadas por el accionante se dirigen contra la Gobernación de Santander, por lo que argumentó una falta de legitimación por pasiva.

Así mismo argumentó que resulta ajeno a los jueces de tutela entrar a decidir sobre los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social, por cuanto para ello existen las respectivas instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por la ley.

Finalmente, solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela.

COLPENSIONES:

A través de MALKY KATRINA FERRO AHCAR. Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, manifestó que frente a las pretensiones indicadas por el accionante Colpensiones no tiene incidencia alguna ni responsabilidad, por cuanto se aleja de la competencia administrativa y funcional de esa entidad, pues las pretensiones son dirigidas a la Gobernación con ocasión a la terminación de un cargo en provisionalidad. Por otro lado, y con relación a la anulación del traslado de fondo de pensiones, dijo que ello es objeto de proceso ordinario que actualmente se encuentra en curso.

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

En vista de lo anterior, solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva

JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA:

El señor Juez Rubén Fernando Morales Rey contestó que ese Juzgado tiene a su cargo el proceso ordinario laboral de primera instancia 68001310500220220005400 promovido por Eudoro Machuca Cristancho en contra de Colpensiones, Porvenir S.A y Colfondos S.A, mediante el cual se pretende la declaratoria de ineficacia de afiliación al régimen de ahorro individual. Manifestó que actualmente este proceso se encuentra en etapa de contestación de demanda y en turno para ser estudiado y convocado a Audiencia Inicial de que trata el Art. 77 CPTSS.

De otra parte, expuso que de la lectura de los hechos y pretensiones del escrito de tutela no se advierte vulneración alguna endilgada a este Juzgado por lo que se solicita su desvinculación.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC:

A través de LUZ YANETH SUÁREZ SALGUERO en calidad de Profesional Especializada encargada de las funciones de Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la CNSC, contestó que el señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO, se encuentra inscrito en el Proceso de Selección 505 de 2017 – Santander, sin embargo, no superó las pruebas escritas de Competencias Básicas y Funcionales, toda vez que el puntaje mínimo aprobatorio era 65.00 y este, obtuvo una puntuación de 59.09.

Señaló que la CNSC expidió el Acuerdo No. 20181000003616 del 07 de septiembre del 2018 “Por el cual se compilan los Acuerdos No. 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017, 20182000001936 del 15 de junio de 2018 y 20181000003136 del 16 de agosto de 2018, que regulan las reglas del Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, “Proceso de Selección No. 505 de 2017 – Santander”, contiene los lineamientos generales que direccionan el desarrollo del Proceso de Selección 505 de 2017 – Santander, para la provisión de los empleos de carrera administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, el cual, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC, como a la entidad convocante y a sus participantes.

Indicó que la provisión de los empleos del Estado, a excepción de los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, debe fundamentarse única y exclusivamente en el mérito, el cual se presenta como un principio de orden constitucional y legal que permea la función pública, y que debe ser respetado por todas las autoridades administrativas; lo anterior con sustento en lo señalado en el artículo 125 de la Constitución Política.

Explicó que la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede con la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, por tanto, los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito.

Por lo anterior, detalló que los cargos en Provisionalidad, a diferencia de los nombramientos en carrera administrativa, cuentan con una precaria “estabilidad laboral”, puesto que dicho derecho sólo puede endilgársele a aquellos empleados de carrera administrativa cuyos nombramientos se hayan producido de conformidad con el orden de provisión definitiva, en este sentido, corresponde a la autonomía de la entidad nombrar o declarar la insubsistencia de un provisional, no obstante lo anterior se debe tener en cuenta que tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, el acto administrativo por el que se declara la insubsistencia debe ser motivado.

Señaló que por consiguiente, se precisa que la vinculación que ostentaba el accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles, por ende la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

Así mismo refirió que como el aspirante estaba en calidad de provisional ocupando dicho empleo, en consecuencia, teniendo en cuenta que ya existen elegibles con derechos de carrera adquiridos a ser nombrados en el empleo al cual se postularon, en este caso, el empleo identificado con el Código OPEC No. 30424 denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10 de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, Proceso de Selección No. 505 de 2017 – Santander, la entidad debe cumplir con los respectivos nombramientos, so pena de incurrir en violación de la norma de Carrera Administrativa y Empleo Público.

Finalmente argumentó una falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte suya.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS CONSIDERADOS

¿Resulta procedente, a través de la presente acción constitucional ordenar a la GOBERNACIÓN DE SANTANDER efectuar el reintegro del señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO a su planta de personal en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10?

¿Resulta procedente, a través de la presente acción constitucional ordenar a la GOBERNACIÓN DE SANTANDER efectuar a favor del señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta la fecha de reintegro?

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Frente al presente caso se hace necesario traer a colación la sentencia SU-446 de 2011, Magistrado Ponente DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB:

9. SOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: DISCRECIONALIDAD DEL FISCAL GENERAL PARA DEFINIR, EN EL MARCO DE UNA PLANTA GLOBAL, LOS CARGOS ESPECÍFICOS QUE SERÍAN PROVISTOS CON EL REGISTRO DE ELEGIBLES Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, LAS MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y LOS PREPENSIONADOS.

- 9.1.** En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían lo que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación². En consecuencia, 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.

En la sentencia C-588 de 2009³, se manifestó sobre este punto, así: “... *la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados*”⁴

- 10.2.** Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de

¹ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacios Palacios.

² Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Véanse, por ejemplo, las Sentencias C-064 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas 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. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

- 10.3.** Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que debe negar la protección que solicitaron los accionantes que ocupaban empleos en provisionalidad y que alegaron la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, entre otros, por la inexistencia de criterios para definir a quiénes se les terminaría su vinculación para ser reemplazados por personal de carrera, en los términos del concurso.

En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte **no concederá la tutela** porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia **SU-917 de 2010**.

Así mismo se hace importante traer a colación, la sentencia T-462 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

5. 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 prepensionados. Reiteración de jurisprudencia

En varias oportunidades esta Corporación 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 expresarse 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 méritos⁵. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, 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) a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente⁶.

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia⁷, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes 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 las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa⁸, tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. *“La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”*⁹.

⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

⁶ Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

⁷ En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

⁸ Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

⁹ Con fundamento en la tesis expuesta, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, dispuso: **“TERCERO.- ORDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

La Sala reconoce igualmente que las personas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, que deban ser desvinculadas para dar paso a quien superó el concurso de méritos, y que sufran de alguna limitación física, psíquica o sensorial, la garantía de la eficacia de sus derechos fundamentales también atañe al sistema de seguridad social, el que, por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentran el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral exigida¹⁰.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) 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 una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 *ibídem*), 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 en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

CASO CONCRETO

En el caso bajo examen, el accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al TRABAJO, VIDA, MÍNIMO VITAL y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR FUERO DE PREPENSIONADO, argumentando su condición de prepensionado, con ocasión de su desvinculación notificada mediante oficio de fecha 15 de septiembre de 2020 y la cual se hizo efectiva a partir del día 01 de octubre de 2020, respecto del cargo que ostentaba en provisionalidad como Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10 de la Gobernación de Santander, toda vez que respecto a dicho cargo se realizó un nombramiento, en virtud de la lista de elegibles proferida por la CNSC dentro del desarrollo de la convocatoria pública No. 505 de 2017 Gobernación de Santander.

En tal sentido, si bien es cierto la Corte Constitucional reconoce que ***“dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia”***¹¹,

el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia **SU-917 de 2010”**.

¹⁰ En ese sentido, esta Corte en la sentencia T-566 de 2011, reiterando lo expuesto en la sentencia T-122 de 2010, sostuvo: “(...) el derecho a la seguridad social permite a las personas que se encuentran en circunstancias ajenas a su voluntad que las afecta física o mentalmente, originadas en la vejez, el desempleo o en una enfermedad o incapacidad laboral, la posibilidad de acceder a los medios que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. En este sentido, la pensión de invalidez cumple un papel indispensable en la protección de las personas afectadas por una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral con la consecuente dificultad o impedimento para obtener los recursos que les permite disfrutar de una vida decorosa”.

¹¹ En cuanto a los padres y madres cabeza de familia, en la sentencia SU-446 de 2011, la Sala Plena de esta Corte sostuvo que aun cuando esta clase de personas no ostenten dicha vinculación en la rama ejecutiva del poder público y por ello, en principio, no se obliguen por el programa de renovación de la administración

quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes 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 las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa¹², tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento”.

Bajo estas circunstancias, es pertinente anotar, que tal y como lo señaló la Corte Constitucional en su sentencia SU- 446 de 2011: **“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”.**

De otra parte, se hace necesario referirse al requisito de la inmediatez ya que en la Sentencia T-052 de 2020, frente a un caso igualmente de desvinculación laboral, la corte Constitucional reiteró que:

“La acción de tutela está instituida en la Constitución Política como un mecanismo expedito que busca garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Así, uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. Ello significa que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia”¹³.

Es así que conforme al anterior precedente, no encuentra este Despacho acreditado el requisito de inmediatez, pues tal y como lo expuso el propio accionante y como fue reiterado por la entidad accionada en su escrito de contestación, se tiene por cierto que la desvinculación laboral del señor EUDORO MACHUCA CRISTANCHO fue notificado desde el año 2020 (folio 167) y por parte del accionante no se argumentó ni tan siquiera

pública regulada en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material ligadas íntimamente con el Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a las autoridades especial atención y cuidado y en consecuencia la adopción de las citadas medidas de orden positivo.

¹² Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido reemplazados por empleados de carrera en la Fiscalía de General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

¹³ En ese sentido, puede consultarse Corte Constitucional, Sentencias T-526 de 2005, T-834 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-887 de 2009, T-328 de 2010, T-805 de 2012, entre muchas otras.

RADICADO: 2022-00111

ACCIONANTE: EUDORO MACHUCA CRISTANCHO

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

mencionó someramente el motivo por el cual durante estos dos años no acudió antes a solicitar el amparo constitucional deprecado en la presente acción de tutela, razón por la cual su inactividad no encuentra justificación alguna que haga viable la procedencia de la acción de tutela.

Recapitulando, el despacho aplica la posición adoptada por la H. Corte Constitucional en múltiples fallos, como en las sentencias SU-446 de 2011 y T-462 de 2011, concluyendo que la en el presente caso no se han afectado los derechos fundamentales del actor, pues *“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”*.

Finalmente, se desvinculará a COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES PORVENIR, COLFONDOS, JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, pues no se aprecia de su parte vulneración alguna de los derechos fundamentales de la accionante.

En razón y mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CATORCE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la acción constitucional interpuesta por EUDORO MACHUCA CRISTANCHO contra el GOBERNACIÓN DE SANTANDER, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR de la presente acción COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES PORVENIR, COLFONDOS, JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL por no avizorar vulneración alguna de su parte a los derechos fundamentales invocados por la accionante, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: De no ser apelada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LEDA CAROLINA REMOLINA JAIMES
JUEZ