



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
Carrera 44 No. 38-11 Edificio Banco Popular. Piso 4
ccto16ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
BARRANQUILLA - ATLÁNTICO.

JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla febrero veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022).

REFERENCIA: Acción de tutela (Primera instancia)

RADICACIÓN: 08001-31-53-016-2022-00034-00

ACCIONANTE: GISELL DEL CARMEN SANTIAGO BERNAL

ACCIONADO: GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO

ASUNTO

Se decide la acción de tutela promovida por la señora GISELL DEL CARMEN SANTIAGO BERNAL contra de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, en dónde fueron vinculados MAYRA ALEJANDRA MENDOZA LIZARAZO, JONNATTAN RAFAEL TORRES ARIZA, EDER ALBERTO ARIZA CEPEDA, CARMEN CECILIA RADA PABA, MERCEDES TEJEDA BORJA, JEFFERY OZUNA ORTEGA, KAREN PATRICIA QUEVEDO ANGARITA, WALTER ARIZA PERTUZ, EINI CECILIA MARTÍNEZ ESCUDERO, KELLY JOHANA SOTO CHING, EILEN ADRIANA BILBAO DIAZ, CRISTIAN ADOLFO CASTRO SÁNCHEZ, XIMENA DEL PILAR RODRÍGUEZ CIFUENTES y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

ANTECEDENTES

1.- La gestora suplicó la protección constitucional de sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y a la confianza legítima, presuntamente vulnerados por el ente territorial acusado.

2.- Arguyó, como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1.- Refiere, la tutelista que «[t]ras haber participado en el concurso de méritos “convocatoria N° 1343 de 2019-territorial 2019-II”, logr[ó] ocupar el primer lugar dentro de la lista de elegibles para el empleo con el código OPEC 75399 denominado profesional universitario, código 219, grado 9, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021», a la par informa que «para el empleo con el código OPEC 75399 en el concurso de méritos “convocatoria N° 1343 de 2019-Territorial-II”, ofertaron una vacante».

124

2.2.- Igualmente, la censora apunta que «en la lista de elegibles contenida en la Resolución 8373 del 11 de noviembre de 2021 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual [se] encuentra en primer puesto, [afirma que] [su] posición tomó firmeza el día 29 de noviembre de 2021».

2.3.- Adicionalmente, la actora asevera que «[e]n la Resolución 8373 del 11 de noviembre de 2021 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ordena al nominador de la entidad, GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, a realizar los nombramientos en periodo de prueba que procedan, en razón al número de vacantes ofertadas, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la firmeza de la posición de un aspirante».

2.4.- Finalmente, la accionante denuncia que «[d]esde el 29 de noviembre de 2021 hasta hoy, 8 de febrero de 2022, han transcurrido 72 días y la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO no ha cumplido con el mandato imperativo e inobjetable contenido en la Resolución 8373 del 11 de noviembre de 2021».

3.- Pidió, conforme lo relatado, que se le ampare sus prerrogativas fundamentales al trabajo, debido proceso y a la confianza legítima; y en consecuencia se ordene a la accionada «...proceda a realizar [su] nombramiento y posesión en periodo de prueba en el empleo identificado con el código OPEC N° 75399, denominado profesional universitario, código 219, grado 9, de conformidad con la lista de elegibles establecida en la Resolución 8373 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 11 de noviembre de 2021».

4.- Mediante proveído de 11 de febrero de 2021, el estrado avocó el conocimiento de esta salvaguarda fundamental y se vincularon a los señores MAYRA ALEJANDRA MENDOZA LIZARAZO, JONNATTAN RAFAEL TORRES ARIZA, EDER ALBERTO ARIZA CEPEDA, CARMEN CECILIA RADA PABA, MERCEDES TEJEDA BORJA, JEFFERY OZUNA ORTEGA, KAREN PATRICIA QUEVEDO ANGARITA, WALTER ARIZA PERTUZ, EINI CECILIA MARTÍNEZ ESCUDERO, KELLY JOHANA SOTO CHING, EILEN ADRIANA BILBAO DIAZ, CRISTIAN ADOLFO CASTRO SÁNCHEZ, XIMENA DEL PILAR RODRÍGUEZ CIFUENTES y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

5.- El despacho por conducto del auto fechado 17 de febrero de 2021, se vinculó a la señora OLGA ESTHER MERCADO DE ÁLVAREZ.

6.- El despacho por conducto del auto fechado 23 de febrero de 2021, se vinculó a la administradora de fondos pensionales PORVENIR S.A.

7.- El despacho por conducto del auto fechado 24 de febrero de 2021, se vinculó a la administradora de fondos pensionales COLPENSIONES S.A.

8.- El estrado por conducto del proveído adiado 25 de febrero de 2021, se requirió *«a la señora OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ, para que dentro del término de las tres (3) horas hábiles siguientes, contadas a partir del recibido del respectivo oficio, se sirva remitir la totalidad de la historia laboral de la señora OLGA ESTHER MERCADO DE ÁLVAREZ e informe sobre la cantidad de semanas que cotizó al sistema general de pensiones».*

LAS RESPUESTAS DEL ACCIONADO Y DE LOS VINCULADOS

1.- La GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, argumenta que no le ha violado derecho alguno a la actora, porque dice que *«no se está vulnerando ninguno de los derechos fundamentales alegados por la actora, en el presente caso cabe señalar que, la accionante en efecto se encuentra en trámite para ser nombrada pero de acuerdo con el orden de provisión dispuesto legal y jurisprudencialmente para ello, en la medida que, estando ocupado el cargo al cual aspira por una persona nombrada en provisionalidad y que por sus condiciones naturales se encuentra en gestión respecto las protecciones especiales requeridas por ley, mal podría considerarse que mi representada se encuentra desconociendo u omitiendo acción alguna que perjudique los derechos de la parte actora, cuando, por deber legal y constitucional, lo que adelanta es una provisión ordenada que respete las garantías que dentro del Estado Colombiano también se han dispuesto para este tipo de casos especiales»*, señalando que ha adelantado todos los trámites para ese nombramiento y posesión, trayendo como exculpación que la actora aportó una documentación necesaria para esos menesteres en diciembre de 2021, y que están en proceso de validar el cumplimiento de esos requisitos, con el análisis de esas piezas documentales.

Añade a lo anterior, el accionado como medio defensivo expone que la tutela es improcedente, porque opina que la persona que ocupa el cargo ofertado y reclamado por la accionante se encuentra cobijada con el fuero de la estabilidad laboral reforzada, ya que alega que *«la Gobernación del Atlántico no violó los derechos fundamentales invocados por la accionante, toda vez que si bien se han*

seguido los lineamientos pertinentes a fin de que la actora sea nombrada, se debe tener en cuenta la situación especial que se precisó determinar respecto de la funcionaria que actualmente ocupa el cargo, señora Olga Mercado de Álvarez, quien se encuentra ocupando el cargo ofertado mediante OPEC No. 75399 y quien por su edad se precisaba confirmar respecto de la figura de prepensión», en boga a ello –afirma– que ha «adelantando gestiones para cumplir con su deber legal de proteger a las personas con especial protección, por lo cual se ha requerido a la funcionaria Mercado».

También, el ente territorial censurado invoca el evento de hecho superado, debido a que *«ha realizado las gestiones tendientes a realizar el nombramiento de la señora Gissel Del Carmen Santiago, el cual ha sido retrasado por el evento de la protección especial que se debe considerar para revisión en el caso de una funcionaria respecto de su potencial estado de pre pensionable y sobre el cual se requirieron las documentales pertinentes. De allí, que, dada la conducta pertinente, el trámite de nombramiento de la señora Santiago ya se encuentra a término de materialización».*

Asimismo, el accionado se parapeta en el presupuesto de la subsidiariedad, para alegar la improcedencia del amparo, estimando que *«la actora no agotó los mecanismos judiciales dispuestos para solicitar lo que hoy reclama mediante esta tutela, pues si su inconformidad radica en la demora del trámite de nombramiento y posterior posesión, para ello está dispuesta la acción de cumplimiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el cual corresponde a la vía legal idónea para ventilar lo pretendido»* y descarta que a *«la parte accionante [...] se le haya ocasionado un perjuicio irremediable, por parte de mi representada, toda vez que no demostró en ningún momento la ocurrencia de ningún tipo de perjuicio nocivo, grave, directo e inminente que afecte en gran medida el goce de sus derechos fundamentales o los de su familia»*, siendo sustentados todos esos argumentos defensivos con transcripciones y citaciones de varias sentencias emitidas por la Corte Constitucional en materia de tutela.

Y, bajo esos escolios es que pide sea desestimada la solicitud de amparo.

2.- La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, esgrime que no le ha vulnerado derecho alguno a la accionante, ya que alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que *«[r]especto a las pretensiones de la accionante, esta Comisión solicita ser desvinculada de la presente acción, teniendo en cuenta que se advierte una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien*

es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Gobernación del Atlántico, también lo es que esta Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, no tiene la facultad nominadora y tampoco tiene incidencia en la expedición de sus actos administrativos».

También, el vinculado aprovecha la oportunidad para aludir a las fases del concurso, con la puntualización que la actora se encuentra en el primer lugar en la lista de elegibles para el cargo reclamado en sede tutelar, y en su sentir *«la CNSC y la Universidad Sergio Arboleda en calidad de operador del concurso, han dado cumplimiento a lo establecido en el precitado Acuerdo de Convocatoria norma reguladora de todo el proceso y se convierte en Ley para las partes como una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, garantizando con ello el principio del mérito y el de la confianza legítima por parte de los aspirantes y hoy elegibles dentro del proceso de selección. Por tanto, el hecho de que la señora Gisell del Carmen Santiago Bernal ocupó el primer puesto en la Lista de Elegibles conformada para el empleo No. 75399, la cual cobró firmeza y fue comunicada a la entidad territorial, esta CNSC manifiesta que la aspirante debe ser nombrada y posesionada en el empleo al cual concursó, por lo tanto, la Gobernación del Atlántico debe garantizarle el derecho a ser nombrada, con el fin de que no siga vulnerando el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia por parte de la entidad territorial».*

Finalmente, el vinculado enfatiza que *«la CNSC no vulneró ninguno de los derechos fundamentales invocados por la accionante en el escrito de tutela y se advierte que la competencia del nombramiento y posesión en periodo de prueba de los elegibles que ocupan posición meritoria, recae exclusivamente en el representante legal y nominador de la correspondiente entidad para la cual se hace el concurso, por lo que no puede arribarse a decisión diferente que a la desvinculación de ésta Comisión Nacional»* y pide *«se exhorte a la Gobernación del Atlántico para que cumpla con los deberes legales que le corresponden frente al nombramiento de los elegibles que ocupan una posición meritoria en una lista de elegibles en firme, conforme lo prevén las normas que regulan la materia».*

3.- La señora OLGA ESTHER MERCADO DE ÁLVAREZ anota que en su parecer la tutela es improcedente y se proclama como pre pensionable, ya que alega que *«la presente tutela NO es procedente, al no estarse vulnerando derecho alguno de los denominados derechos fundamentales que presenta la actora,*

puesto que debe darse el trámite necesario que impone la oportunidad para su nombramiento», al igual expone que «el segundo aspecto es [su] condición actual de Mujer cabeza de familia, con 63, y familiar principal, [dice ser] quién está a cargo del sustento vital de toda [su] familia, la cual está compuesta por [su] esposo GUSTAVO ALVAREZ quien tiene 74 años, sin reconocimiento pensional, y [su] señora madre CECILIA BRUGES DE MERCADO de 85 años quien tampoco goza de beneficio pensional alguno, por tanto [tiene] a [su] cargo todos los requerimientos económicos de [su] hogar, por lo cual desvincular[l]e [de su] empleo [estima] equivaldría a condenar a [sus] familiares a unas condiciones de vida precarias e indignas configurando así un perjuicio irremediable».

A la sazón, la vinculada esgrime que es la «...encarga de los costos y gastos de alimentación, vestimenta y todos los gastos adicionales que acarrea el día a día de en mi hogar. Al desvincularme se me perjudicaría irremediabilmente con el sustento mínimo vital no solo de ella sino también de mi madre, y esposo, determinando así unas condiciones que inciden en la calidad de vida de unas personas de la tercera edad» y juzga que «se hace evidente que el presente caso la accionante actúa en contra de [su] posibilidad de vida y del denominado mínimo vital que determina una causa inconstitucional, por lo que la entidad Gobernación del Atlántico, antes de concederle la vinculación a la tutelante deberá determinar [su] continuidad debido a las condiciones que afectan [su] relación obligacional».

Por último, el vinculado arguye se «encuentra en calidad de pre pensionable por faltar[l]e unas semanas para obtener el reconocimiento pensional, no obstante, [su] edad, [l]e faltan varias semanas que equivalen a 108 semanas para tener derecho a la protección especial del derecho pensional».

4.- La señora MAYRA ALEJANDRA MENDOZA LIZARAZO denuncia que «[d]entro del Proceso de selección No. 1343 de 2019 – TERRITORIAL 2019 – II, según resultados que fueron publicados y a fecha 31 de agosto de 2021, se pudo evidenciar a través de la plataforma SIMO, que yo fui quien ocupaba el primer lugar; pero no obstante el día 2 de septiembre de 2021, se le otorga el primer lugar a la aspirante a GISELL DEL CARMEN SANTIAGO BERNAL [...]» y que «[a]nte tal circunstancia presente los correspondientes derechos de petición a la CNSC, y a la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, operadora del concurso...».

Asimismo, la vinculada alude que «[c]on el fin de garantizar la protección de [sus] derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, a los

derechos adquiridos y seguridad jurídica, a la confianza legítima, al acceso a cargos públicos y a la respuesta de fondo de un derecho de petición, se instauró acción de Tutela en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y/o de la UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA Y GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, y el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE BARRANQUILLA, NO CONCEDIO la ACCION DE TUTELA, porque para la calificación otorgada a la participante 242618237, y a la necesidad de reconfigurar la lista de elegibles, debe decirse que por tratarse de un acto administrativo de carácter definitivo debe ser impugnado a través de los medios judiciales ordinarios, para el caso, las respectivas acciones contenciosa administrativa. Así mismo el fallo de Tutela fue impugnado el 21 de enero de 2022, y está pendiente para resolver».

Doliéndose que «al día de la fecha de la impugnación del fallo del 20 de enero del 2022, la variación o el puntaje que le diera el primer lugar a la accionante, no se encuentra en el sistema (SIMO) en el ítem de antecedentes y por ende continua con la calificación inicial de 63,00 puntos, violándose el principio de la publicidad y la transparencia dentro del proceso...» y que «envi[ó] [su] Usuario: MAYITA20 y Clave: Camilita83. Para que si Usted, lo considera señora Juez de Tutela, se verifique y compruebe que no es cierto lo que la universidad sustenta cuando dice que en la plataforma se ve reflejada la información, ojala esta sea una oportunidad para aclarar por qué en la etapa de valoración de antecedentes se encuentra el puntaje inicial (63) y no el de (75) como recalificación consecuencia de reclamación, la cual cambia el puntaje total del aspirante y ahora accionante colocándola en el primer lugar, si es un sistema, se supone que el cómputo final es el resultado de la suma de los cálculos que componen los elementos de calificación, notándose que como aparece en el sistema no dan las cuentas y por ende existe un error aritmético que perjudica [su] aspiración y pone en evidencia la transparencia del proceso».

Finalmente, MENDOZA LIZARAZO pide «en la acción de Tutela yo solo solicito dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Ley 760 de 2005 nos señala que: ARTÍCULO 15. La Comisión Nacional del Servicio Civil, de oficio o a petición de parte excluirá de la lista de elegibles al participante en un concurso o proceso de selección, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético en la sumatoria de los puntajes obtenidos en las distintas pruebas; también podrá ser modificada por la misma autoridad, adicionándola con una o más personas, o reubicándola cuando compruebe que hubo error, caso en el cual deberá ubicársele en el puesto que le corresponda. Y que por lo tanto es LA

EXCLUSION DEL PRIMER LUGAR DE LA LISTA DE ELEGIBLES a la aspirante de inscripción No. 242618237, lista conformada y adoptada mediante Resolución No. 8373 11 de noviembre de 2021, por cuanto del trámite de la presente Acción de Tutela se compruebe que su inclusión obedeció a error en el puntaje y se proceda a ubicarla en el puesto que corresponda, según la PLATAFORMA DEL SIMO».

5.- ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONALES PORVENIR S.A., dijo que desconoce esa historia laboral, dado que anuncia que la señora MERCADO DE ÁLVAREZ fue trasladada a COLPENSIONES.

6.- COLPENSIONES guardó silencio.

7.- La señora OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ aportó la totalidad de su historia laboral, y expone que desconoce ese traslado a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

1.- Ciertamente, es preciso anotar que el estrado es competente para conocer de la presente salvaguarda constitucional, en virtud de lo normado en el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, por ocurrir en el domicilio de la parte accionada, lugar en donde el despacho ejerce su Jurisdicción Constitucional.

Así las cosas, es menester hacer hincapié en que la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la carta Política, fue instituida para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actué a nombre de otro la protección de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública.

De todo ello, es correlato que la finalidad del amparo es edificarse en un instrumento de defensa inmediato, eficaz y subsidiario de los derechos constitucionales de naturaleza fundamental de toda persona, principio que debe estar siempre en toda interpretación y decisión relacionada con ellos y demanda el ejercicio del amparo consagrado en el artículo 86 *ibídem*.

2.- Ya superado lo anterior, el despacho avista que las presentes diligencias constitucionales gravitan en derredor a las quejas de la accionante que no ha sido nombrada y posesionada en el cargo de profesional universitario, código 219,

grado 9, con el código OPEC 75399 conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021 dentro del concurso de méritos «convocatoria N° 1343 de 2019-Territorial-II», siendo replicado por la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO quien se abstiene de nombrarla en periodo de prueba, ya que juzga que la señora OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ que ocupa ese cargo en provisionalidad, se encuentra en condición de pre pensionable, igualmente la señora MERCADO DE ÁLVAREZ se opone a ese nombramiento, puesto que alega que se encuentra en condición de pre pensionable y se afectaría su mínimo vital, y la vinculada MENDOZA LIZARAZO interviene para denunciar que ocupó el primer lugar y que hubo unas irregularidades en el concurso de méritos y fue sobrepasada por la actora, la que considera no superó su puntaje, y pide que el juzgado enmiende esa circunstancia.

3.- Antes de seguir con el correspondiente estudio de fondo de los casos planteados, es pertinente analizar si aquellos cumplen los requisitos generales de procedencia que se desprenden del propio artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991.

4.- Tutela de tutela. Este despacho en atención de caros mandatos constitucionales y precedentes emitidos por la Corte Constitucional, de modo reiterado, se ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos *per se* por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio, lo que no acontece en autos, ya que la propia vinculada MENDOZA LIZARAZO, con su escrito de coadyuvancia confiesa y aporta una tutela que presentó por esos mismos hechos ante el Juzgado 4 Civil del Circuito de Barranquilla, de manera que no puede acudir nuevamente a la acción de tutela, para ventilar los aspectos debatidos en tutelas anteriores, y comoquiera que la misma se encuentra actualmente impugnada ante el Honorable Tribunal Superior de Barranquilla, no es procedente atender esos pedimentos, que deben dirimirse en sede de esa impugnación.

5.- Legitimación en la causa por activa. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que «[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)». En el caso en estudio se encuentra que, por un lado, la señora GISELL SANTIAGO BERNAL presentó, de manera personal y en su calidad de titular de los derechos fundamentales que considera vulnerado, la acción de tutela que se analiza. En tal sentido, es claro que se encuentra legitimada en la causa para perseguir el amparo de sus propios intereses.

6.- Legitimación en la causa por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo «procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas», si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificar si las entidades presuntamente trasgresoras de las prerrogativas de un individuo tienen la «aptitud legal» para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso.

Así las cosas, en lo que corresponde al *sub lite*, de una parte, la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO es un ente territorial y como tal una entidad descentralizada del orden nacional. Estando facultado para gestionar su planta de personal, toda vez que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y, por ende, tiene competencia para responder por las pretensiones de la tutelante, quien solicita ser nombrado y posesionado en periodo de prueba en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 9, con el código OPEC 75399, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021 dentro del concurso de méritos «convocatoria N° 1343 de 2019-Territorial-II».

Situación diferente, ocurre con la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL «CNSC» que es un órgano que inicialmente fue creado por la Ley 19 de 1958, luego elevado a la categoría de órgano constitucional en los términos del artículo 130 de la Constitución y que organizado por la Ley 909 de 2004 como una entidad autónoma en la estructura del Estado, con personería jurídica y

autonomía administrativa, sin formar parte de ninguna de las ramas u organizaciones del poder público, busca la «*garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público*», tal como lo señala el artículo 7 de la Ley 906 de 2004. En el ejercicio de sus funciones, adelantó la Convocatoria N° 1343 de 2019 «*Territorial II*», de la que hizo parte la accionante en estas causas, valiendo acotar, que no se queja de dicho concurso y ningún reparo muestra con las actuaciones de dicho vinculado, y comoquiera que no tiene injerencia en el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la tutelante en el cargo ofertado, ya que esa nominación le compete solamente a la Gobernación del Atlántico, es claro que ninguna prerrogativa fundamental le ha violado a la accionante, incluso en su respuesta apoya la postura de la actora, ya que pide sea nombrado en dicho cargo, es que se impone la declaratoria de su falta de legitimación en la causa por pasiva en estas diligencias constitucional, y por ende, emerge su desvinculación.

7.- Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección *inmediata* del derecho fundamental presuntamente conculcado. En éste casos, se cumple con esta exigencia. En efecto, la accionante sitúa el origen de la vulneración en el hecho que la autoridad accionada no la ha nombrado y posesionado en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 9, con el código OPEC 75399, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021 dentro del concurso de méritos «*convocatoria N° 1343 de 2019-Territorial-II*». Así entonces, el hecho generador de la presunta vulneración es una acción propiamente dicha, sino una omisión que sigue presentándose al momento en que se instauró la tutela. Esto es, que la lista de elegibles contenida en las Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021, no ha sido acatada, aclarándose que la misma cobro firmeza en la calenda 1 de diciembre de 2021 (Véase págs. 9 a 16 numeral 10 expediente digital).

Así las cosas, la firmeza del acto administrativo que fijó la lista de elegibles en el mentado concurso de méritos objeto de disputa constitucional y que, entre ese momento y la instauración del amparo, solo transcurrieron (i) 2 meses y 20 días. Tiempo que esta ser estima prudencial y razonable para superar esta exigencia de procedencia.

8.- Sobre el particular, es menester enfatizar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que

«Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley».

Con fundamento en esto, el artículo 209 de la Constitución determina que la función administrativa *«está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad»*. En concreto, la efectiva y eficiente prestación del servicio, orientada a la satisfacción de los intereses públicos, supone que la provisión de cargos se realice con fundamento en el principio del mérito.

Entonces, salvo que la Constitución o la ley determinen expresamente para la provisión del cargo alguna de las otras modalidades, está deberá realizarse por medio de un proceso de selección. Esta exigencia superior tiene como finalidad:

«(i) contar con una planta de personal idónea y capacitada que brinde sus servicios de acuerdo a lo solicitado por el interés general; (ii) tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación, los cuales garanticen los mejores índices de resultados y; (iii) garantizar que la administración esté conformada con personas aptas tanto en el aspecto profesional como de idoneidad moral, para que el cargo y las funciones que desempeñen sean conforme a los objetivos que espera el interés general por parte de los empleados que prestan sus servicios al Estado», tal como se dejó plasmado en la sentencia C-034 de 2015 emitida por la Corte Constitucional.

Entendiéndose que al institucionalizar e implementar el régimen de carrera se pretende garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores

públicos, la excelencia en la administración pública para lograr los fines y objetivos del Estado Constitucional de Derecho tales como servir a la comunidad, satisfacer el interés general y la efectividad de principios, valores, derechos y deberes contenidos en la Constitución y de esta manera evitar vicios como el clientelismo, favoritismo y nepotismo por parte de los nominadores, para conseguir que se logre modernizar y racionalizar el Estado.

Bajo este panorama, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, determina como criterios básicos que orientan la aplicación del principio del mérito a efectos de que se logre la satisfacción de los intereses colectivos y la efectiva prestación del servicio público, los siguientes:

«a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia».

Adicionalmente, el sistema del mérito tiene como propósito específico procurar la igualdad de trato y oportunidades, de manera que los mejores calificados sean quienes ocupen los cargos públicos. En efecto, esta forma permite la participación de cualquier persona que cumpla con los requisitos del empleo, en un esquema en el que no se permiten tratos diferenciados injustificados, y cuyos resultados se obtienen a partir de procedimientos previamente parametrizados. Incluso, la aplicación de este método *«permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes»* (Ver, sentencia SU-011 de 2018).

En ese contexto, el principio del mérito se concreta en la creación de sistemas técnicos de carrera administrativa para asegurar que el ingreso a ella se realice en observancia de parámetros y garantías objetivas, de manera que responda precisamente a las exigencias del mérito. Para ello, las reglas generales que guían estos procesos se encuentran en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

Los derechos que se adquieren tienen una vocación transitoria dado que la ley les otorga una vigencia de dos años. La consolidación del derecho se diferencia dependiendo del lugar que ocupan en las listas de elegibles, en consideración al número de cargos que fueron convocados y serán provistos por ese acto administrativo. Es decir, no se encuentran en la misma situación jurídica de quienes se encuentran en los lugares de la lista de elegibles que corresponden con el número de cargos convocados, a quienes exceden ese número de plazas.

Quienes se encuentran en el primer escenario -los primeros lugares según las plazas ofertadas- tienen un derecho subjetivo a ser nombrados en periodo de prueba en el cargo para el que concursaron, razón por la cual, se entiende que éstos se encuentran en una mejor situación jurídica que los participantes que si bien están en la lista no alcanzan a ocupar una de las vacantes ofertadas, pues estos, solo tienen una mera expectativa de ser nombrados.

9.- De otro lado, el despacho no desconoce que el artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-014 de 2019 ha reconocido el «derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada», que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, la Corte Constitucional en el fallo T-014 de 2019 ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

«una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de

estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales».

En esa línea de pensamiento, las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte Constitucional, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte Constitucional ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que 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», criterio acogido en la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU-446 de 2011.

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, esa Alta Corte precisó que:

«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».

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte Constitucional ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, tal como se aprecia de lo decidido en la sentencia T-373 de 2017.

Es así como en la providencia T-373 de 2017, la Corte Constitucional concluyó que:

«Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante».

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral

reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público, siendo ese postulado consagrado en la sentencia de unificación SU-691 de 2017.

10.- Lo trasuntado enantes, tiene íntimamente ligazón, con el caso *sub examine*, debido a que el debate se centra en la polémica planteada entre la actora SANTIAGO BERNAL con la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO y la señora OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ, ya que ésta reclama sea nombrada y posesionada en periodo de prueba en el cargo que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, y sus adversarios dicen que no pueden nombrarla porque la señora MERCADO DE ÁLVAREZ se encuentra en condición de pre pensionable, agregando la señora OLGA MERCADO que tiene a su madre y esposo a su cargo.

Para empezar, al revisarse el expediente despunta que la señora GISELL SANTIAGO BERNAL, obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos dentro de la «convocatoria N° 1343 de 2019-Territorial-II» para el cargo de profesional universitario, código 219, grado 9, con el código OPEC 75399, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021, encontrándose demostrado esa condición y posición en el concurso de mérito, con la aludida Resolución N° 8373 del 11 de noviembre de 2021 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en atención al examen realizado por la Universidad Sergio Arboleda, siendo aportada esa Resolución con la tutela, así como con las contestaciones de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la señora MENDOZA LIZARAZO, tal como se aprecia en los archivos digitales visibles en los numerales 09, 10 y 11 del expediente digital, encontrándose ese puntaje y resultado en firme, tal como se establece con el acto administrativo de firmeza expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil emitido el pasado 1 de diciembre de 2021, obrante en las páginas 9 a 12 del archivo digital 10 del plenario.

Huelga anotar, que esa realidad es confesada y admitida por todos los contendientes, ya que a la sazón la señora GISELL SANTIAGO, LA GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO

CIVIL, incluso la propia señora OLGA MERCADO, expresan que SANTIAGO BERNAL obtuvo el primer lugar para ese cargo ofertado, igualmente se encuentra establecido que solamente existe esa plaza, tal como lo confiesa la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO en la contestación al amparo, es decir, no existe otro cargo equivalente distinto al que obtuvo y ganó en el concurso la accionante, de manera que se ha esperado hasta el último momento para desvincular a MERCADO DE ÁLVAREZ, sumado a que aún no ha sido desvinculada del cargo, lo que se denota que no se la ha vulnerado prerrogativa alguna a la señora MERCADO DE ÁLVAREZ.

Y, si lo anterior no fuese suficiente para el fracaso de las oposiciones esgrimidas por el accionado y la vinculada, para que se nombre en periodo de prueba a la señora GISELL SANTIAGO MERCADO en el cargo ofertado, el estrado repara en que se encuentra probado que la señora OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ, no ostenta la condición de pre pensionable, debido a que a pesar de contar con la edad para pensionarse, de conformidad con la cédula de ciudadanía aportada con la intervención de dicha vinculada visible a página 8 del archivo digital 14, en que acredita su nacimiento en noviembre de 1958, teniendo en la actualidad la edad de 64 años, es claro que le falta probar la densidad de semanas cotizadas para pensionarse, en razón a que tal como lo confesó OLGA MERCADO DE ÁLVAREZ, ante el requerimiento que le hiciese la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, ésta indicó que solo está cotizando en el sistema de seguridad social en pensiones, a partir de julio de 2007 en la entidad PORVENIR, conforme a la misiva obrante en la página 42 de la contestación de la Gobernación del Atlántico visible en el archivo digital 09 del expediente digital, concordando esa información con lo consignados en el RUAF, en que se denota que la vinculada presenta afiliación al sistema de seguridad social en pensiones para la calenda de julio de 2007, habiéndose vinculado y requerido a PORVENIR para aportar la historia laboral de la señora MERCADO DE ÁLVAREZ, pero dicha entidad contestó ese requerimiento y dijo no tener esa historia laboral, ya que la señora OLGA MERCADO se trasladó al fondo de pensiones COLPENSIONES, igualmente, el estrado aprecia que la señora OLGA MERCADO en respuesta a un requerimiento del despacho, aportó la totalidad de su historia laboral, en la que se establece que solamente suma la totalidad de 748,8 semanas cotizadas (Ver, págs. 5 a 8 archivo digital N° 23 del expediente), no satisfaciéndose los requisitos para ostentar el requisito de pre pensionable, que requiere que le falte 3 años para cumplir con los requisitos de la edad y las semanas cotizadas para lograr

acceder al derecho de pensionarse, no evidenciándose un criterio razonable que impida se nombre a la señora SANTIAGO BERNAL.

Así las cosas, se concederá el resguardo de los derechos fundamentales invocados por la aquí accionante y se ordenará a la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO que continúe con las etapas para la provisión del cargo con el nombramiento a la señora GISELL SANTIAGO BERNAL en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 9, con el código OPEC 75399, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021.

Así las cosas, es claro que se impone la procedencia del amparo deprecado, y en consecuencia se impone el nombramiento en periodo de prueba de la señora GISELL DEL CARMEN SANTIAGO BERNAL.

En buenas cuentas, la salvaguarda constitucional será concedida.

Corolario de todo lo anterior, EL JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: Concédase el amparo constitucional a los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y a la confianza legítima promovido por la ciudadana GISELL DEL CARMEN SANTIAGO BERNAL contra de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, por los motivos anotados.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena a la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, continúe con las etapas para la provisión del cargo con el nombramiento en periodo de prueba a la señora GISELL SANTIAGO BERNAL en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 9, con el código OPEC 75399, conforme con la lista de elegibles establecida en la Resolución N° 8373 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 11 de noviembre de 2021 para el cual optó la accionante, acorde a las motivaciones que antecedente.

TERCERO: Declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva esgrimida por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; en consecuencia, desvincúlese de este trámite constitucional a dicha entidad.

CUARTO: Negar la solicitud elevada por la señora MAYRA ALEJANDRA MENDOZA LIZARAZO, por tratarse de una petición de tutela sobre tutela.

QUINTO: Notificar esta providencia por telegrama, oficio o por el medio más expedito posible, a las partes y al Defensor del Pueblo, a más tardar al día siguiente de su expedición.

SEXTO: Cumplidas las tramitaciones de rigor, si no se hubiere impugnado, remítase a la Honorable Corte Constitucional, al día siguiente de su ejecutoria, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,



MARTHA PATRICIA CASTANEDA BORJA