



**JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA. Diecisiete (17)
de Noviembre de dos mil veinte (2020).**

Jueza : DILMA ESTELA CHEDRAUI RANGEL

08-001-40-53-007-2020-00370

Accionante : MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO

Accionado : ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA

ASUNTO

La señora MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO, en nombre propio, ha incoado la presente acción de tutela contra la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA por la presunta vulneración que viene sufriendo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, dignidad humana Seguridad social y Estabilidad Laboral Reforzada, consagrados en la Constitución Nacional.

HECHOS

Manifiesta la accionante que acude a este despacho a fin de que intervengamos ante la decisión de retirarle de su cargo por parte de la entidad Alcaldía Distrital de Barranquilla, mediante la Resolución 3591 el 14 de septiembre de 2020 cual afecta gravemente su calidad de vida.

Que es una mujer pre pensionable que soporta si sustento personal. Nació el 15 de mayo de 1948 en la actualidad cuenta con 72 años de edad. ingresó a laborar a la Alcaldía Distrital en julio de 1992 hasta la fecha.

Que su cargo fue sometido a concurso de mérito el cual, al momento de realizar su inscripción fue rechazada por su edad; hecho que prueba su condición de pre-pensionable y estar en el retén social.

Que el cargo ofertado no tenía las mismas funciones que tenía el que desempeñaba, le añadieron requisitos que inicialmente no tenía y que tampoco se necesitan para el cargo, cambios que podrían realizarse, si a bien lo tienen pensado hacer, después de su terminación del vínculo laboral. Todas esas razones impidieron que concursara.

Que no obstante lo anterior, le llega el oficio de insubsistencia por medio del cual le notifican su retiro, cuando han debido acordar con ella las condiciones en que estaba con respecto a su edad y el tiempo en que se ha desempeñado en la Alcaldía.

Que es una mujer sola sin ingresos ni hijos, tiene deudas y la obligación de sostenerse hasta el final de su vida sin ser una carga para la sociedad y conservando el nivel de vida que es de una condición moderada acorde al nivel de sus ingresos.

Que fue notificada mediante resolución número 3591 el 14 de septiembre de 2020 de la declaración de insubsistencia a partir de mediados del mes de septiembre del presente año, del cargo de Profesional especializada 222-07.

Que su economía, su sostenibilidad, su mínimo vital se vio totalmente afectado sobre todo teniendo en cuenta la actual situación del país por la emergencia decretada ya que sus gastos mensuales se discriminan de la siguiente manera:

- Crédito de vivienda 95 millones en cuotas de un millón de pesos (\$1.000, 000, o) mensuales.
- Obligaciones bancarias (Tarjetas y créditos hipotecarios) un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.oo) mensuales.
- Servicios públicos doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000.oo) mensuales.
- Mercado un millón doscientos mil pesos (\$ 1.200. 000.oo) mensuales.
- Otros gastos un millón de pesos (\$ 1.000. 000.oo) mensuales

Radicación : 08-001-40-53-007-2020-00370
Accionante : MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO
Accionado : ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA
Providencia: SENTENCIA 17/11/2020 - NIEGA TUTELA

- Total gastos mensuales cuatro millones novecientos cincuenta mil pesos (\$ 4.950.000.00) pesos mensuales.

Que teniendo en cuenta los gastos mensuales y las obligaciones adquiridas es inminente la necesidad de continuar trabajando, entre tanto adquiera el derecho a la pensión debido a que solo cuento mil setenta y cinco punto veintiocho centésimas de semanas cotizadas (1.075.28), faltándome 74.72 semanas en el régimen de ahorro individual con prestación definida AFP, lo cual equivale a más de un año de cotización.

Que con la desvinculación quedó sometida a una circunstancia de indefensión, afectando gravemente su mínimo vital.

Que no se tuvo en cuenta el decreto 417 del 17 de marzo de 2020, por el cual, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica sobre la emergencia sanitaria, contraviniendo la norma, fue despedida y como consecuencia de la pérdida de su trabajo en medio de la situación actual generada por la pandemia de Covid 19, se da un agravante teniendo en cuenta su edad.

Que tanto sus planes de vida, su estado emocional, así como las condiciones de solución mensual para cumplir con sus compromisos económicos, se han visto afectados ya que no cuenta con los ingresos de ninguna índole, para sostenerse mínimamente ni con lo necesario para seguir respondiendo a sus obligaciones económicas y todo esto le llevaría a un deterioro de vida.

Que debido a la contingencia ocasionada por la pandemia del COVID-19, se presentan efectos adversos sobre la economía, más concretamente sobre el empleo, lo que dificulta aún más el acceso a conseguir un nuevo trabajo.

Que esto ha causado afectaciones morales, anímicas, emocionales como insomnios, ansiedades y ha incidido en mi estado de ánimo.

PETICION

Pretende el accionante amparen sus derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene a la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA que la reubique en un cargo de igual o mejor jerarquía sin que se afecten sus ingresos con los cuales sustenta sus necesidades básicas.

ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto de fecha octubre 22 de 2020, donde se ordenó a la ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, que dentro del término de un (1) día rindiera informe sobre los hechos del libelo e indicara el estado actual de la situación planteada por la accionante.

Por otra parte, a fin de evitar futuras nulidades por falta de legitimación pasiva se ordenó vincular a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, para que pudieran ejercer su derecho a la defensa en caso de un fallo adverso.

Respuesta de la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA

Señala la accionada que se desvinculó a la accionante el día 09 de octubre de 2020, para darle posesión al funcionario elegible en periodo de prueba EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO.

Que al consultar respecto a la afiliación del hoy accionante se evidencia que se encuentra actualmente afiliada al fondo de pensiones Porvenir, y que no cuenta con las semanas necesarias para acceder a pensión, pero si puede solicitar la devolución de aportes a la AFP. Con relación a lo mencionado por el accionante respecto a que cuenta con 72 años, así como manifiesta en el numeral 2 del capítulo de hechos de la acción de tutela lo cual evidencia que la hoy accionante

excedió la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas de acuerdo con la Ley 1821 de 2016, “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas” “Artículo 1.- La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia”.

Resalta la tutelada que La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional es evidente, crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual es exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Sobre esto, la Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro. Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante el concurso de méritos, por lo que su permanencia en el cargo implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba además de otros requisitos que debe cumplir, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Además de ello en el presente caso, la desvinculación del actor del cargo que desempeñaba no es por capricho de la entidad nominadora, ni de los despidos masivos, rechazados por el Gobierno Nacional, sino en cumplimiento de la orden constitucional de preservar el empleo de carrera administrativa.

NO procede la tutela cuando NO hay SUBSIDIARIDAD, puesto que es PRECISO que NO exista OTRA VÍA y que NO amparar al accionante implique UN PERJUICIO IRREMEDIABLE; lo cual EVIDENTEMENTE no ocurre en el caso de la actora.

Así las cosas, la Corte ha reiterado que la acción de tutela no se ha constituido como una instancia para decidir conflictos de rango legal, puesto que para abordar temas de este orden la misma Carta Política ha contemplado, en su título VIII, la existencia de jurisdicciones distintas a la constitucional, las cuales deben someterse a los dictados de la ley y la Constitución y, estando los derechos fundamentales en el medio, corresponde a todos los jueces de las diferentes jurisdicciones velar porque los derechos fundamentales sean respetados dentro y como resultado de los procesos judiciales. Así las cosas, debe considerarse que los procedimientos ordinarios cuentan con los elementos procesales adecuado para resolver las controversias de derechos, garantizando la

efectividad de las prerrogativas fundamentales. Por ello, la tutela no puede ser empleada como un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimada como un último recurso - Sentencia T-669 de 2013 Corte Constitucional.

Que en el caso concreto, NO se puede invocar la existencia de un perjuicio irremediable, porque además de tener otra vía para dirimir la problemática planteada en sede ordinaria su eventual mejor derecho, frente a quien le ganó en franca lid el derecho a ocupar la vacante sometida a concurso. Lo cual no puede ser atribuible en momento alguno a una acción u omisión de la entidad, ya que se trata de un concurso de méritos, administrado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ejecutado por la UNIVERSIDAD LIBRE que obró como contratista operador, en ninguno de estos eventos fue deliberante la ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA y de hecho su eventual y futura participación consistirá en la aplicación de la ruta y protocolo establecidos por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, para el efecto.

El Departamento Administrativo de la Función Pública respecto a la situación de quienes ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad en el Concepto Marco 09 de 2018 menciona que es protegida constitucionalmente en la medida en que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos, además de que gozan de estabilidad laboral durante el lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean remplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo por méritos.

Por lo tanto, indicó el DAFP, realizado el correspondiente concurso de méritos para la provisión de empleos, resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales, siempre que se efectúe mediante acto administrativo motivado como el que fue notificado a la actora, de manera que el empleado conozca las razones y pueda ejercer su derecho de contradicción. La Alcaldía de Barranquilla a través de la Secretaría de Gestión Humana solicitó concepto respecto de los casos de los funcionarios que se encontraban como provisionales en calidad de Población prepensionable, Población en condición de discapacidad, Población con fuero por ser cabeza de hogar, Población con fuero sindical al respecto la Comisión Nacional del Servicio Civil el 19 de febrero de 2020, manifiesta la estabilidad relativa que tienen los funcionarios provisionales y en lo que respecta a la provisión de empleos públicos prima el MÉRITO.

Respuesta PROTECCION

Informa la vinculada PROTECCION S.A. que la señora María Margarita Sánchez Forero, identificada con cédula de ciudadanía No. 32432810, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING, hoy Protección S.A, desde el día 28 de mayo de 2009, como traslado de la AFP Horizonte, y la efectividad de dicha afiliación se presentó el día 01 de julio de la misma anualidad.

Que respecto a los hechos narrados en el escrito de tutela, ha de precisarse que una vez revisados sus registros no se encontró solicitud formal de prestación económica por vejez por parte de la señora María Margarita Sánchez Forero.

Que la presunta vulneración de sus derechos fundamentales se le atribuye a la Alcaldía Distrital de Barranquilla, y es contra dicha entidad que se dirigió la acción inicial, por lo que la vinculación de esta Administradora carece de sentido; además que se desconocen los hechos que motivaron la presente acción constitucional, por cuanto le son totalmente ajenos a su representada.

Respuesta COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La vinculada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, da respuesta a la presente acción de tutela manifestando que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a esa entidad, dado que esa no es la entidad llamada a resolver el problema jurídico planteado por el accionante.

Señala que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que contempló el denominado retén social, tuvo su origen en el proceso de renovación de la Administración Pública adelantado por el Gobierno de la época y, en consecuencia, solo resulta aplicable cuando la desvinculación del servidor ocurre en el marco de un proceso de reestructuración o supresión de una autoridad administrativa; es así como, la Corte Constitucional ha señalado que no debe confundirse el retén social derivado de los procesos de modernización del Estado, de la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional, como son los prepensionados, las madres y padres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad, lo cual no proviene de la Ley 790 de 2002, sino directamente de múltiples disposiciones constitucionales.

En consecuencia, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de prepensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando respecto a la garantía de la estabilidad laboral en favor de la población prepensionada.

Es así, que la Corte Constitucional en Sentencia T- 373 de 2017, se refirió a las medidas aplicables tanto a los prepensionados, como a las madres cabeza de familia y discapacitados, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles, en los siguientes términos:

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 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 las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, 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 SU917 de 2010”

Que la parte accionante, señora MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO, una vez consultado el aplicativo SIMO con el número de cédula de ciudadanía, no reporta estar inscrito en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad, en tal sentido la parte actora al no inscribirse en el concurso de méritos perdió la oportunidad para demostrar su idoneidad para ocupar de manera definitiva el cargo que ostentaba de manera provisional.

Se evidencia en el escrito de tutela que la parte accionante fue declarada insubsistente como consecuencia de los nombramientos en periodo de prueba efectuados producto de la lista de elegibles expedida por la CNSC para el cargo que ocupó provisionalmente, así las cosas, se aclara que, a la fecha hay elegibles con derechos adquiridos a ser nombrados en el empleo al cual se postularon en el marco del Proceso de Selección.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL solicita al despacho denegar lo solicitado por la accionante mediante la presente acción de tutela.

Vinculación del señor EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO

Teniendo en cuenta que en el informe rendido por la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA se indicó que se posesionó del cargo el funcionario elegible en periodo de prueba EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO, el despacho consideró pertinente vincular al trámite de la presente acción de tutela al señor EDWARD ARRIETA MERCADO, razón por la cual mediante providencia adiada 4 de noviembre de 2020, se decretó la nulidad de lo actuado con exclusión del auto admisorio y sin perjuicio de la validez de las pruebas y se vinculó a la presente tutela al señor EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO.

Como quiera que el despacho no contaba con dirección física o electrónica a la cual se le pudiera notificar dicha decisión al vinculado, se requirió a la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, para que suministrara dichos datos, información que fue allegada por esa entidad el día 9 de noviembre de 2020, con lo cual se procedió a notificar al señor ARRIETA MERCADO el día 11 de noviembre de 2020, concediéndole el término de un (1) día para que informara al despacho acerca de los hechos y pretensiones de la tutela con el fin de que ejerciera su derecho de defensa y así evitar futuras nulidades, sin embargo, a la fecha del presente fallo el vinculado no ha rendido el informe solicitado.

CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la acción de tutela en referencia, por ocurrir en esta ciudad los hechos que motivan su presentación, lugar donde el Juzgado ejerce su jurisdicción constitucional.

Derecho al mínimo vital.

La Corte Constitucional ha definido el mínimo vital como “aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc. Por ello, la misma jurisprudencia ha entendido que el concepto de mínimo vital no sólo comprende un componente cuantitativo, la simple subsistencia, sino también uno cualitativo, relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundamente del ordenamiento constitucional”. Por consiguiente, es claro que la falta absoluta de este ingreso básico sitúa al ciudadano en una circunstancia excepcional, la cual no da espera a que agote un largo proceso laboral ante la inminencia de un perjuicio irremediable, entendido como la imposibilidad manifiesta de cubrir sus necesidades mínimas y las de su núcleo familiar dependiente. Recordemos que el derecho al pago oportuno del salario ha sido catalogado como un derecho fundamental desde la sentencia SU-995 de 1999.

En forma adicional, la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración del mínimo vital. Estos se entienden como claras reglas jurisprudenciales que se resumen en que (i) el salario sea el ingreso exclusivo del trabajador o existiendo ingreso adicional sea insuficiente para la cobertura de sus necesidades y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave que lo coloca en situación de indefensión.

CASO CONCRETO Y PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

De lo expresado en el escrito de tutela y la respuesta emitida por la entidad accionada se presente el problema jurídico a resolver en los siguientes términos:

¿Vulnera la Alcaldía Distrital de Barranquilla, los derechos cuya protección invoca el accionante, por haber declarado su insubsistencia mediante Resolución 3591 de 2020 sin tener en cuenta que su condición de pre pensionable, o por el contrario le asiste razón a la entidad accionada cuando alega que la tutela es improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial, por haber cumplido la accionante 72 años de edad y por tanto legalmente no puede seguir laborando y por cuanto su vinculo laboral termino en virtud del concurso de mérito que obliga a nombrar a quien superó el concurso?

ARGUMENTOS PARA DECIDIR.

- **En cuanto a la procedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio de defensa.**

Radica la inconformidad de la actora en el hecho de que la accionada ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, la separó del cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad al declararle insubsistente mediante Resolución No. 3591 de 2020, sin tener en cuenta su condición de pre pensionable, motivo por el cual alega que fueron coartados sus derechos fundamentales.

Solicita entonces el accionante que se amparen sus derechos presuntamente vulnerados por la ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, y en consecuencia se ordene su reubicación en un cargo igual o de mejor jerarquía al que venía desempeñando.

Pues bien, de la sola pretensión de la actora se observa que en principio la acción de tutela es improcedente teniendo en cuenta que al solicitar que se le reubique a su cargo, habría que dejar sin efecto del acto administrativo por medio del cual se le declara insubsistente y se nombra en periodo de prueba a una persona tomada de la lista de elegibles de quienes ganaron el concurso de mérito. Este aspecto debe dilucidarse a través de la jurisdicción contenciosa administrativa y no a través del mecanismo de la acción de tutela.

Sin embargo la Corte Constitucional ha señalado que, *“ Si bien es cierto los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son susceptibles de cuestionarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también lo es que en la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra, derivada de la grave enfermedad que padece (VIH/SIDA), exigirle acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye una carga desproporcionada, por cuanto bien es sabido que los procesos que allí se tramitan conllevan el sometimiento a términos excesivos para la solución de la controversia que podrían, incluso, llegar a superar su expectativa de vida, sin obtener la realización efectiva de los derechos en discusión, lo que se traduce en un mecanismo ineficaz para el propósito que por su intermedio se pretende alcanzar”*. (T – 096 de 2018).

Dado lo anterior, cabe señalar entonces que cuando la acción de tutela la impetra quien alega requerir de especial protección por sus condiciones particulares es procedente su estudio, hecho por el cual se entrará al estudiar el caso concreto pues la actora alega encontrarse en circunstancias que merece especial protección al ser persona prepensionable, sola que depende de sus ingresos en el cargo del cual fue desvinculada.

- **Sobre la solicitud de reintegro.**

La actora solicita su reubicación en un cargo igual o de mejor jerarquía al que venía desempeñando.

Como quiera que la desvinculación de la accionante obedece al concurso de méritos, pues fue nombrada en el cargo que ella ocupaba, a la persona que superó el concurso, se debe traer a colación la sentencia **T-096 de 2018** de la Corte Constitucional que trata el tema que ocupa la atención. Es así como señaló la Corte:

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

5.2. Sobre esa base, quienes superen satisfactoriamente todas las etapas de un concurso para acceder a cargos públicos e integren el registro de elegibles, adquieren, entre otras prerrogativas, el derecho a la permanencia y estabilidad en el empleo para el cual aspiraron, de tal suerte que solo procederá su retiro por razones objetivas, derivadas de la calificación no satisfactoria en el desempeño de sus funciones, la violación del régimen disciplinario y las demás causales previstas en la Constitución y en la ley (art. 125, inciso 4º Const.)^[18]. A su vez, la desvinculación de estos servidores siempre deberá estar precedida de un acto administrativo debidamente motivado.

5.3. De manera excepcional, la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por servidores nombrados en provisionalidad cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración, mientras estos se proveen en propiedad conforme a las formalidades legales o cesa la situación que originó la vacancia. En ese contexto, ha dicho la Corte^[19], si bien es cierto el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo^[20], tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador.

5.4. Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos^[21], gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

5.5. De esta forma, “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

5.6. Ahora bien, a pesar del carácter eminentemente transitorio de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, la Corte ha sido enfática en señalar que el servidor que se encuentra en dicha situación administrativa y, además, es sujeto de especial protección constitucional, como es el caso, entre otros, de las personas en condición de discapacidad o

que padecen grave enfermedad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

5.7. En ese sentido, el ente nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegible una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos.¹ Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

5.8. Así, respecto de las medidas que pueden adoptarse para no lesionar los derechos fundamentales de este grupo de servidores, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional destacó la importancia de que los órganos del Estado y, en particular, la Fiscalía General de la Nación, (i) dispongan lo necesario para garantizar que sean los últimos en ser desvinculados y, (ii) de ser posible, procure su reubicación en empleos que aún se encuentren vacantes, iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando en provisionalidad, mientras estos son cubiertos en propiedad mediante el sistema de carrera.

... 5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa”.

En el caso que nos ocupa se tiene que se dio un concurso de méritos donde después de superadas las etapas correspondientes concluyó con la elaboración de listas conformadas por quienes ganaron la prueba luego entonces en virtud del mérito debían ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron y ganaron.

La accionada señala que el cargo que venía ocupando la señora MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO fue sometido a un concurso de méritos, administrado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ejecutado por la UNIVERSIDAD LIBRE que obró como contratista operador, en ninguno de estos eventos fue deliberante la ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, pues se siguieron los protocolos establecidos por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Hasta este punto es claro, que el cargo que venía ocupando la accionante hasta la fecha de la declaratoria de insubsistencia fue provisto mediante concurso de méritos a través de la convocatoria Número 758 – Territorial Norte de 10 de octubre de 2018, y tal como se observa en la parte considerativa de la Resolución 3591 de 2020, cuya nulidad pretende la actora:

“Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 7882 de 2020, por el cual

conformó la lista de elegibles para proveer los citados empleos de carrera de la Alcaldía Distrital de Barraquilla, que fueron convocados a través de la convocatoria No 758 de 2018 – Territorial norte, según lo dispuesto en el acuerdo No. 20181000006346 del 16 de octubre de 2018,

Que las listas de elegibles del proceso de selección quedaron en firme el 21 de agosto de 2020, y la Comisión Nacional del Servicio, a través de oficio 20202210617271, notificó de este hecho al representante legal de la entidad; para que efectuara los nombramientos en periodo de prueba en los empleos convocados a concurso, en estricto orden de mérito y de conformidad con el puntaje obtenido por las personas que ocupan un lugar de elegibilidad.

Que el (la) señor (a) EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 72291577 ocupó el puesto No. 1 en las listas de elegibles en firme de la convocatoria No. 758 de 2018, para proveer el empleo profesional especializado, código y grado 222 – 07, ubicado en la Secretaría Distrital de planeación – Oficina de planeación socioeconómica e inversiones de la planta global de la Alcaldía Distrital de Barraquilla.”

Se prueba con la documentación obrante en el expediente que el señor EDWARD JOSEPH ARRIETA MERCADO, fue la persona que fue nombrada en el cargo que ocupaba la accionante, pues superó el concurso de mérito.

La Resolución 3591 de 2020, mediante la cual se resolvió declarar insubsistente el nombramiento provisional de la accionante fue debidamente motivada señalando las razones de la desvinculación, se precisaron las normas de orden legal y constitucional que daban lugar a la designación de quien ganó el concurso, frente a quien se encontraba en el cargo en provisionalidad.

La accionante señala que su cargo fue sometido a concurso de mérito el cual, al momento de realizar su inscripción fue rechazada por su edad; hecho que prueba su condición de pre-pensionable y estar en el retén social.

Al respecto se anota, que en este caso no estamos frente al reten social, pues la accionante no se declarara insubsistente en virtud de un proceso de reestructuración o supresión de una autoridad administrativa, sino por la obligación que se tiene de proveer los cargos en provisionalidad a través del concurso de méritos para que se materialice los cargos de carrera. Recuérdese que el artículo 125 de la Constitución Política preceptúa como regla general, el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado. De igual forma el artículo 130 de la Carta Política enseña que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos. En este caso la obligación de realizar un concursos de méritos se realizó por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de la Convocatoria Territorial Norte No. 758 de octubre de 2018.

Así mismo señala la actora que el cargo ofertado no tenía las mismas funciones que tenía el que desempeñaba, le añadieron requisitos que inicialmente no tenía y que tampoco se necesitan para el cargo, cambios que podrían realizarse, si a bien lo tienen pensado hacer, después de su terminación del vínculo laboral. Todas esas razones impidieron que concursara.

Sobre este aspecto se anota que no es en esta oportunidad, ni a través de la acción de tutela que se debe alegar dicha inconformidad, pues tales aspectos se debieron hacer cuando se realizó la convocatoria al concurso y demandando el respectivo acto administrativo, y no cuando el concurso cumplió todas sus etapas encontrándose pendiente solo el nombramiento de quienes superaron la prueba.

La entidad accionada, ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, entre varios aspectos, alega además la edad de la accionante, lo cual a juicio del Juzgado

también es una razón que impedía mantenerla en el cargo, pues efectivamente de acuerdo a la ley, la edad de retiro forzoso es de setenta, (70) años, de tal forma que si como lo dice la misma accionante, cuenta con 72 años, no puede pretender ser reubicada o reintegrada al cargo que ocupaba.

En efecto, señala la Ley 1821 de 2016:

“Artículo 1.- La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia”.

Obra como prueba dentro del expediente, copia del documento de identidad de la accionante en el cual se observa que la señora MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO nació el 15 de mayo de 1948, es decir, que al momento de su desvinculación ya contaba con 72 años cumplidos.

Así mismo, la misma accionante en su escrito de tutela manifiesta que tiene 72 años de edad, por lo que también queda descartado el cumplimiento de este requisito para que opere el reintegro al cargo solicitado.

No puede la suscrita pasar por alto una prohibición de orden legal, máxime cuando la desvinculación, como ya se dijo, obedece al nombramiento en virtud de un concurso de mérito, y tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia citada en aparte anterior, *“... los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa”.*

La Corte Constitucional en Sentencia **SU556/14** señaló:

*“Las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) **el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso**; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”* (Negrillas del juzgado).

Así las cosas, se considera que la accionada no ha vulnerado derecho alguno de la accionante pues su actuar obedece al cumplimiento de normas de orden legal y constitucional que obliga a la provisión de los cargos públicos, por regla general a través de concurso de mérito.

Por lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. NEGAR**, el amparo de los derechos invocados dentro de la acción de tutela incoada por la señora MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO contra la

Radicación : 08-001-40-53-007-2020-00370
Accionante : MARIA MARGARITA SANCHEZ FORERO
Accionado : ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA
Providencia: SENTENCIA 17/11/2020 - NIEGA TUTELA

ALCALDIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, por las razones vertidas en la motivación.

2. NOTIFIQUESE este pronunciamiento a los extremos involucrados en este trámite constitucional (Artículo 16 Decreto 2591 de 1991).
3. En caso de no ser impugnado el presente fallo, remítase a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión. (Artículo 31, Ídem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DILMA ESTELA CHEDRAUI RANGEL
Jueza