



REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL

JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO Bogotá D.C, nueve (09) de agosto de dos mil veintidós (2022)

I-. OBJETO DE DECISIÓN

Procede el juzgado a tomar decisión en relación con el problema jurídico planteado por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, madre cabeza de familia, seguridad social, vida digna, debido proceso, estabilidad laboral reforzada por ser prepensionada, trabajo digno y libre desarrollo de la personalidad de su hijo por ser estudiante.

II-. ANTECEDENTES

1.- De la tutela

- La accionante se inscribió al concurso que convocó la CNSC con el Acuerdo No CNSC-20181000002756 del 19-07-2018, por el cual se convocó para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, proceso de selección No 636 de 2018- Sector Defensa.
- Posterior a la inscripción, citaron a pruebas el día domingo 13 de junio de 2021, fecha en la cual la accionante no se presentó a dichas pruebas en consideración a la pandemia aduciendo que se encontraba vigente el Decreto Legislativo 491 del 2020.
- La actora advierte que cumplió 55 años de edad, de estado civil soltera, madre cabeza de familia, tiene a cargo un hijo de 22 años, el cual cursa décimo semestre de medicina en la Universidad Sanitas.
- Ingresó a trabajar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada en la ciudad de Bogotá, el día 04 de agosto de 1999 con carácter provisional hasta el 30 de junio de 2022, cargo que desempeñó por más de 22 años.
- Mediante correo interno institucional de fecha 30 de junio del 2022 y notificación personal del 5 de julio se le comunicó la desvinculación del cargo de Profesional de Seguridad o Defensa código 3-1, Grado 19 denominado OPEC 16494 el cual reitera, lo ejerció de carácter provisional.
- La desvinculación se realizó a través de la Resolución No 2022-34917 del 2 de junio del año 2022, en la cual el señor Martin Hernando Brito Sánchez tomó posesión del cargo a partir del 01 de julio de 2022.



-. La actora informa que el único sustento económico que posee es el salario devengado en la entidad convocada, lo que la perjudica irremediabilmente a ella y a su hijo.

-. Colpensiones le certificó 1.704 semanas cotizadas para la pensión, que le faltan menos de dos años para acceder a la misma.

Por lo anterior, aduce la accionante presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, madre cabeza de familia, seguridad social, vida digna, debido proceso, estabilidad laboral reforzada por ser prepensionada, trabajo digno y libre desarrollo de la personalidad del hijo por ser estudiante, lo que le ha ocasionado un perjuicio irremediable.

2.- Admisión y respuesta de la entidad accionada y vinculada

La acción de tutela fue admitida en contra de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante auto del 29 de julio de 2022 (archivo 006 del expediente digital), trámite al cual se vinculó al señor Martin Hernando Brito Sánchez y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2.1. Respuesta del Señor Martin Hernando Brito Sánchez.

El vinculado allegó respuesta en los siguientes términos:

“(…)

1. *El suscrito en buena fe y confianza legítima hacia el Estado Colombiano, participe en el Proceso de Selección No. 636 de 2018 - Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, de la convocatoria No. 624 al 638 - 980 y 981 de 2018 del sector defensa.*
2. *Una vez superadas las etapas del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil Profirió La Resolución No. 2021RES-400.300.24-13554 del 23 de noviembre de 2021, Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 19, identificado con el Código OPEC No. 16494, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 636 DE 2018 de la SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa, lista en la cual el suscrito ostenta el primer puesto de elegibilidad en meritocracia.*
3. *Una vez realizado y superado el estudio de seguridad con resultado favorable, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante Resolución No. 2022-0034917 del 2 de junio de 2022, el día 07 de junio de 2022, me notifica un nombramiento en periodo de prueba del cargo de PROFESIONAL DE SEGURIDAD o DEFENSA, Código 3-1, Grado 19, ubicado en el GRUPO DE CONSULTORIA, perteneciente a la planta global de empleos públicos de la Superintendencia de*



Vigilancia y Seguridad Privada.

4. *En respuesta a la notificación de nombramiento, manifesté la aceptación del cargo, y solicite ser posesionado el día primero (01) de julio del año en curso, frente a lo cual, la SuperVigilancia acepto la petición.*
5. *El día primero (01) de julio de 2022 fui posesionado en el cargo al tenor de la Resolución No. 2022--0034917 del 2 de junio de 2022, fruto de haber participado y de haber ganado en franca lid el concurso de méritos, al ostentar el primer puesto de elegibilidad.*
6. *Manifiesto de manera libre y espontánea señor Juez, que no conozco a la señora GABY ASTRID CARREÑO MORLES, y bajo la gravedad de juramento expongo que no he adelantado ningún tipo de acción directa o indirecta en contra o en perjuicio doloso que le afecte la integridad moral, los derechos fundamentales o le ponga en situación de vulnerabilidad económica, mental o de desestabilidad laboral, o en desventaja o inequidad de género, según lo relata la señora Carreño en su demanda de Tutela; por lo anterior, ignoro cualquier afectación que le motive cualquier tipo de acción en mi contra; Razón por la cual, solicito de manera muy respetuosa señor JUEZ, ser desvinculado de cualquier decisión o condena de indemnización o compensación de cualquier tipo a favor de la señora CARREÑO, comoquiera que me declaro inocuo ante cualquier posible perjuicio, afectación, o daño económico, mental, de discriminación o de género en los que la señora GABY ASTRID CARREÑO MORLES, manifiesta estar inmersa por un presunto perjuicio ocasionado por la Administración Publica, con motivo de mi posesión en el cargo que le motivo interponer la presente Acción Constitucional en asunto.*
7. *En todo caso señor Juez, de manera muy respetuosa solicito que, en garantía al Estado Social de Derecho, y en garantía al Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia se tenga en cuenta y muy presente la meritocracia como principio rector para el acceso a los cargos Públicos de Carrera Administrativa.”*

2.2. Respuesta de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

La accionada allegó respuesta a través de la doctora LUZ ELENA MORALES MALAVER en calidad de Jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad accionada (pdf 012 Supervigilancia Descorre Traslado Tutela), en los siguientes términos:

(...)

“La accionante NO SE PRESENTO A LAS PRUEBAS.

(...)

la accionante cumplió 55 años, en el año 2022. Téngase en cuenta que la accionante para la fecha de inscripción del concurso, 26 de agosto de 2019, no tenía la calidad de pre pensionada, tenía 52 años, y como tampoco para el día de convocatoria para presentación del examen del concurso.

Actualmente, el numeral 3 de la Sección 2. Protección ESPECIAL. Artículo 2.2.12.1.1.1 del Decreto 648 de 2017. ”Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, reglamentario único del sector de la función pública”, define la protección de quien está próximo a pensionarse de la siguiente manera:



Rama Judicial
Consejo Superior de la
República de Colombia

Radicado: **110013105 040-2022-00337-00**
Clase: Tutela Primera Instancia
Actor: Gaby Astrid Carreño Morales
Accionado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada
Vinculado: CNSC, Martin Hernando Brito
Decisión: Niega por improcedente

“(…) Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, al momento de la supresión del empleo.

Con lo expuesto se puede sintetizar que, si bien la estabilidad laboral reforzada proviene de garantías constitucionales, las normas la han desarrollado hasta el punto de que se ha concluido que para ser prepensionado es aquel trabajador que le faltaren tres años para obtener los requisitos de edad y semanas de cotización (O capital) para su pensión.

Por esta razón en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.(…)”.

Así mismo la Sentencia SU003-18 de la corte Constitucional estableció:

“(…) Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez” (…)”.

Así las cosas, revisada la fecha de nacimiento de la accionante, la fecha de inscripción al concurso y el historial de cotización laboral, por lo que no cumple con uno de los (2) presupuestos indicados por la normatividad y jurisprudencia vigente para ser considerada pre pensionada ya que le falta el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación vigente.

(…)”

2.3. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil

La accionada allegó respuesta a través del doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad accionada (pdf 013 Contestación Tutela CNSC), en los siguientes términos:

(…)

“2) Motivos que son objeto de reproche en el libelo de tutela

ÚNICO PUNTO DE INCONFORMISMO: El único motivo de inconformidad de la accionante lo configura el hecho de haber sido desvinculada del cargo que ejercía en provisionalidad desconociendo su calidad como madre cabeza de familia y estabilidad laboral reforzada derivada de la misma.



Conforme lo señalado, la Universidad procede a indicar el estado de la aspirante en las diferentes etapas del Procesos de Selección objeto de su competencia:

El empleo al que se inscribió la accionante exige los siguientes requisitos:

Estudio: Título profesional en Administración de Empresas, y, Título de posgrado en la modalidad de especialización o, - Dos (2) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional; o -Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del empleo

Experiencia: Dieciocho (18) meses de experiencia profesional relacionada.

En este sentido, en la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos fue validado el Título de Administrador de Empresas, expedido por la Fundación Politécnico Grancolombiano, junto con el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 1999 hasta el 3 de agosto de 2001 de la certificación laboral expedida por la Supervigilancia, para el cumplimiento del requisito mínimo, aplicándose con este la siguiente equivalencia "Título de posgrado en la modalidad de especialización por: Veinticuatro (24) meses de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional", a fin de acreditar el cumplimiento del requisito mínimo de educación exigido por el empleo.

(...)

Conforme lo expuesto, la aspirante obtuvo la calificación de admitida, por lo que continuó en la siguiente etapa del Proceso de Selección, correspondiente a las pruebas escritas, donde obtuvo un puntaje de 0.0 en la Prueba Específica Funcional y 0.0 en la Prueba de Valores en Seguridad y Defensa. De tal manera que, al no superar el puntaje mínimo aprobatorio en estas pruebas de carácter eliminatorio, su estado al interior del concurso es de No Admitida.

(...)

III. FRENTE A LA PROVISIONALIDAD

*Se debe señalar que la provisionalidad es un mecanismo de **provisión transitoria** de los empleos, por lo tanto, para el caso particular se tiene que cuando un servidor público ostenta el cargo en dicha modalidad se entiende que **el empleo se encuentra en vacancia definitiva**, y por ende debe ser ofertado en el marco de un proceso de selección.*

Ahora bien, se debe recordar que el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, afirma qué:

“(...) 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** (...)”*
Negrilla y subrayado del texto.



Rama Judicial
Consejo Superior de la
República de Colombia

Radicado: **110013105 040-2022-00337-00**
Clase: Tutela Primera Instancia
Actor: Gaby Astrid Carreño Morales
Accionado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada
Vinculado: CNSC, Martin Hernando Brito
Decisión: Niega por improcedente

(...)

Ahora bien, concretamente frente a lo manifestado sobre los cargos en vacancia definitiva que deben ser reportados por la **ENTIDAD** para ser sometidos a concurso, toda vez que no existe norma legal o reglamentaria que los excluya del concurso, **prevalece el mérito**. Condiciones como la condición de pre pensionado, madres y/o padres cabeza de familia y/o situaciones de discapacidad **no resultan oponibles al mérito**.

(...)

I. ESTADO DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN GENERAL

El Artículo 3° del Acuerdo de Convocatoria, describe las diferentes etapas del proceso de selección de la siguiente manera:

ARTÍCULO 3°. ESTRUCTURA DEL PROCESO. El presente proceso de selección tendrá las siguientes fases:

- Convocatoria y divulgación.
- Adquisición de Derechos de participación e Inscripciones.
- Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM.
- Aplicación de pruebas: Prueba Específica Funcional, Prueba de Valores en Seguridad Defensa y Valoración de Antecedentes.
- **Conformación y adopción de Listas de Elegibles**

En ese sentido, Para la OPEC, 16494 se profirió la Resolución No. 2021RES-400.300.24-13554 del 23 de noviembre de 2021 “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 19, identificado con el Código OPEC No. 16494, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 636 DE 2018 - SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa” La accionante **GABY ASTRID CARREÑO no ostenta posición de elegibilidad toda vez que no supero las pruebas eliminatorias**

(...)

En este asunto, operó la firmeza de la lista de elegibles, lo cual hace que la CNSC pierda competencia, trasladándose la misma a la entidad nominadora para continuar lo establecido en la norma, correspondiente a nombramiento en periodo de prueba de las personas elegidas en estricto orden de mérito en los actos administrativos.

(...)

solicita declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que No existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

III-. CONSIDERACIONES

1-. procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de nuestra Carta Fundamental consagra la acción de tutela como un mecanismo procesal específico, directo, informal y sumario que tiene por objeto la



protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su vulneración; precisándose destacar su naturaleza subsidiaria y residual, dado que su procedencia se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo el asunto.

2-. Problema jurídico

¿Vulneran las accionadas (La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y la Comisión Nacional del Servicio Civil) los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital, madre cabeza de familia, seguridad social, vida digna, debido proceso, estabilidad laboral reforzada por ser prepensionada, trabajo digno y libre desarrollo de la personalidad del hijo por ser estudiante, la primera, al desvincularla en el cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad y, la segunda, al acudir a la lista de elegibles para proveer dicho cargo, y designar a quien se encontraba en la lista de elegibles para el empleo OPEC 16494.

3-. La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

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 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, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales¹.

¹ Sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa)



En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos 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, 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, sin embargo, 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 publicidad².

La Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, *“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”*³.

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁴, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)⁵.

² Sentencia T-326 de 2014

³ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas



En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁶, 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 desvinculación⁷. 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.” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Entonces, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional los servidores vinculados en *provisionalidad*, gozan de una estabilidad *relativa*, como quiera que su desvinculación se podrá dar para proveer un cargo a una persona que ganó el concurso de méritos, es decir, que dicha estabilidad relativa cede ante el mérito de quien gabó el concurso y por ende tiene el derecho a ocupar el cargo en propiedad, pues allí nos encontramos ante dos derechos debiendo prevalecer el mérito, pues ello no comporta un trato discriminatorio o el desconocimiento de derecho alguno de quien ocupa el cargo en provisionalidad, como quiera que desde el mismo momento de su posesión dicho funcionario conoce que su permanencia es temporal hasta tanto se provee el mismo a través del concurso de méritos.

4. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad

Atendiendo lo anterior y frente al caso concreto se tiene que la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos; como es el caso de la accionante, quien ejerce un cargo público

Silva).
⁶ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio
⁷ 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.



en provisionalidad, el cual fue ofertado en concurso público de méritos y asignado al aspirante que superó dicho concurso y quien fue nombrado en el mismo y actualmente lo ocupa en periodo de prueba.

En ese contexto entran en tensión dos derechos constitucionales; el primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado y, el segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían afectados por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica⁸; no obstante como lo ha sostenido la máxima corporación en lo constitucional, “...**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**”, pues no se podría amparar un derecho fundamental cuando ello implica la vulneración del derecho de quien concursó y ganó el derecho a su nombramiento por haber superado todas las etapas del concurso.

5. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁹.

Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la

⁸ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁹ Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).



vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“(…) como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”¹⁰.

Advirtiéndose que en el caso concreto no se vislumbra o acredita el perjuicio irremediable irrogado a la accionante, pues más allá de manifestar que tiene un hijo mayor de edad (22) años que adelanta estudios universitarios y depende económicamente de ella, que su único ingreso era el salario devengado en el cargo que fue ofertado y asignado en concurso de méritos, no se puede dejar pasar por alto que por el tiempo que la demandante estuvo vinculada a la entidad, generó un auxilio de cesantías cuyo objeto es precisamente solventar las necesidades del empleado cesante.

6-. Análisis del caso concreto.

Con base en la información aportada al plenario y sumada a las pruebas obrantes en el expediente, se tienen por acreditados los siguientes supuestos fácticos:

-. La señora Gaby Astrid Carreño Morales nació el 16 de mayo de 1967 (pág. 1 del pdf 003 Pruebas Tutela).

-. Ingreso a trabajar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada en la ciudad de Bogotá el día 04 de agosto de 1999 con carácter provisional hasta el 30 de junio de 2022, y su último cargo desempeñado fue Profesional de defensa Código 3-1 Grado 19 de la planta global de la entidad. (certificación expedida por la Supervigilancia pág. 56 a la 69 pdf 003 pruebas)

-. La tutelante se inscribió el 26 de agosto de 2019 al concurso abierto de méritos – Proceso de selección No 636 de 2018 – Sector defensa convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mediante el acuerdo No 20181000002756 del 19 de julio de 2018, por el cual se convocó para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa de la

¹⁰ Sentencia T-016 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo)



Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (pág. 30 pdf 003 pruebas).

- El 13 de junio de 2021, fecha programada para presentar las pruebas del concurso, la accionante NO se presentó al examen.
- La actora aportó el Registro Civil de Nacimiento de su hijo Juan David Angarita Carreño, el cual nació el 19 de marzo de 2000, tiene 22 años y cursa décimo semestre de medicina en la Universidad Sanitas. (Págs. 54 y 55 *ibidem*)
- Mediante la resolución No 2022-34917 del 2 de junio del año 2022 emitida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada se dispuso:

“Desvincular a GABY ASTRID CARREÑO MORALES, identificada con cedula de ciudadanía 51.871.599, del empleo al cual fue nombrado en carácter de provisionalidad, denominado OPEC 16494, que corresponde al empleo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 19, a partir de la fecha de posesión en el empleo del elegible MARTIN HERNANDO BRITO SANCHEZ, en el mismo cargo en periodo de prueba

En virtud de lo anterior se comunica que el titular del cargo denominado PROFESIONAL DE SEGURIDAD O DEFENSA, Código 3-1, Grado 19, es decir al señor MARTIN HERNANDO BRITO SANCHEZ, tomará posesión en el mencionado empleo el día 1 de julio de 2022, por lo tanto, a partir de la fecha su desvinculación al empleo mencionado procede de manera automática.”

- El 30 de junio del 2022 mediante radicado No 2022016795 se le comunicó el contenido de la Resolución 2022-34917 en la cual la desvinculaban del cargo que ostentaba en provisionalidad de Profesional de Seguridad o Defensa código 3-1, Grado 19 denominado OPEC 16494
- La tutelante al momento de conformarse la lista de elegibles por parte de la CNSC, es decir, a partir de la Resolución No 13554 del 23 de noviembre de 2021, cumplía la condición de prepensionada¹¹ y también aduce su condición de madre cabeza de familia según declaración extrajuicio No 369 expedida el 16 de julio de 2022. (págs. 75 y 76 del pdf 003 *ibidem*).
- En la misma declaración rendida ante la Notaria Setenta y dos de Bogotá, la actora manifestó que el único sustento económico era el devengado en la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, afectando así el mínimo vital para ella y su hijo.
- Colpensiones según reporte de cotizaciones actualizado a 05 de julio de 2022, le

¹¹ Le faltaban menos de tres (3) años para obtener la pensión. En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009: “(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”.



certificó 1.704 semanas cotizadas para la pensión. (págs. 77 a la 91 *ibidem*).

De lo anterior se concluye que, si bien la accionante alega su condición de prepensionada para mantenerse en el cargo que ocupaba en provisionalidad, no se puede dejar pasar por alto lo siguiente:

i)-. Al igual que las demás personas que se inscribieron a la oferta OPE convocada por la CNSC, la accionante tuvo la oportunidad de hacerlo, incluido quien ocupó el primer puesto, esto es el señor Martín Hernando Brito Sánchez.

ii)-. Que la accionante no se presentó al examen, en tanto que los demás concursantes sí lo hicieron, es decir, que mutuo propio desistió de continuar en las siguientes etapas del concurso.

iii)-. La accionante cuenta con un número superior al mínimo de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, conforme el reporte o historia laboral emitido por Colpensiones, por lo que sólo le falta el cumplimiento de uno de los dos (2) requisitos para acceder a la misma, como lo es la edad pues dice contar con 55 años, faltándole dos (2) años.

iv)-. La expectativa para acceder a su derecho pensional no se ve truncada como quiera que cumple con el número de semanas, faltándole sólo la edad, es decir, que al cumplir esta podrá acceder a su pensión de vejez.

v)-. De accederse a la pretensión de la accionante consecuentemente se estaría vulnerando el derecho de quien concursó y ocupó el primer lugar y por ello fue nombrado en el cargo ofertado que venía ocupando, en provisionalidad, la accionante.

vi)-. La accionante puede acudir ante las acciones contencioso administrativas por la vía de nulidad y restablecimiento del derecho o simple nulidad, donde también puede solicitar medidas cautelares para proteger sus derechos, pues la acción de tutela es una acción de carácter residual y subsidiaria, cuando no se cuenta con otros medios a su alcance o estos no resultan eficaces, situación se no acompasa al caso bajo estudio.

vii)-. Además, no se acredita que la accionante hubiera agotado los medios a su alcance como los recursos por la vía gubernativa contra el acto administrativo que, por esta vía excepcional, pretende se deje sin efecto para que se le reintegre en su cargo, lo que se itera conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ganó el concurso de méritos.

ix)-. Finalmente, no se acredita un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención temprana del juez constitucional, y frente a los derechos de su hijo no



Rama Judicial
Consejo Superior de la
República de Colombia

Radicado: **110013105 040-2022-00337-00**
Clase: Tutela Primera Instancia
Actor: Gaby Astrid Carreño Morales
Accionado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada
Vinculado: CNSC, Martin Hernando Brito
Decisión: Niega por improcedente

se configura la agencia oficiosa como requisito ante la imposibilidad que este pueda agenciar sus propios derechos.

Por las razones expuestas se negará el amparo deprecado por improcedente.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

RESUELVE:

Primero: NEGAR por improcedente la acción de tutela incoada por la señora Gaby Astrid Carreño Morales, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo-. Informar que contra la presente decisión procede el recurso de impugnación que deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, por cualquier medio, especialmente a través del correo electrónico J40ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Tercero-. En el evento de no ser impugnada esta decisión, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cuarto-. Notifíquese a las partes por el medio más expedito y eficaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

DIDIER LÓPEZ QUICENO