



Proceso	Impugnación de Sentencia en acción de tutela
Accionante	Gustavo Correa Roldán
Accionado	Municipio de Envigado, Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-; y demás vinculados
Radicado	05266 31 03 002 2022 00272 02
Instancia	Segunda
Ponente	Juan Carlos Sosa Londoño
Asunto	Sentencia No. 002
Decisión	Confirma
Tema	Reglas de concurso de méritos. Improcedencia tutela por falta de requisito de subsidiariedad.
Subtema	Ahora, la desvinculación del actor se dio por el nombramiento en período de prueba de quien ocupaba un lugar en la lista de elegibles, habiéndolo hecho en cumplimiento de una norma de rango constitucional, y una vez la lista de elegibles adquiere firmeza, los que allí se encuentren incluidos adquieren un derecho adquirido a ser nombrados en las vacantes disponibles, en estricto mérito u orden descendente de puntajes y acorde a la disponibilidad de vacantes efectivas durante la vigencia de la lista. Lo anterior, en respeto del artículo 58 Superior y el Acuerdo de la Convocatoria, esto es, se considera que en los casos mencionados, ha ingresado tal derecho al patrimonio de su titular, configurando una situación particular y concreta a su favor que no puede ser desconocida ni menoscabada por la administración, como lo ha resaltado en varios fallos la Corte Constitucional, entre ellos la sentencia de unificación SU-913 de 2009 -reiterado entre otras en la sentencia T-180 de 2015-, donde se indicó que la lista de elegibles en firme solo es modificable por orden judicial y resaltando la Corte que ello implica entre otros, respeto por la confianza legítima de los concursantes que se sometieron a las reglas de la convocatoria.

TRIBUNAL SUPERIOR

2022-0216

SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Gustavo Correa Roldán frente a la sentencia del 22 de noviembre último proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, que negó el ruego constitucional deprecado por el recurrente contra el Municipio de Envigado y Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde se ordenó la vinculación de Orlando Vera Tribaldos, y de los aspirantes que superaron la fase eliminatoria del examen y quedaron habilitados en la lista de elegibles para ocupar las vacantes al empleo de guardián con OPEC 77811 (determinadas en la Resolución 10147 del 12 de noviembre de 2021 emitida por la CNSC)

.

I. ANTECEDENTES

En procura de la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, al mínimo vital, y la estabilidad laboral reforzada,, solicita al actor que, a través de este resguardo excepcional, se ordene al Municipio de Envigado deje sin efectos el artículo 5 de la parte resolutive del Decreto 469 del 23 de agosto de 2022, mediante la cual fue declarado insubsistente en el cargo en provisionalidad que ocupaba, tras el nombramiento en período de prueba de quien ganó el concurso de méritos para la provisión de empleos en vacancia definitiva de algunas Entidades Públicas, entre ellas, el Municipio de Envigado, sin tener en cuenta que goza de estabilidad laboral reforzada, pues refiere se encuentra a 4 años de cumplir la edad de retiro forzoso, lapso de tiempo en el que espera haber terminado el

proceso ordinario laboral de cambio de fondo pensional para adquirir este derecho a la seguridad social.

II. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado mediante sentencia del 22 de noviembre último, declaró improcedente este mecanismo tras concluir que no se halla acreditada ninguna circunstancia que permitiera flexibilizar el requisito de subsidiariedad propio de este mecanismo de protección, por tanto, resaltó que, de persistir inconformidad por parte del actor puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para ventilar las pretensiones que intentó en sede de tutela.

Argumentó el fallador, que el accionante simplemente aspira a permanecer en el cargo hasta el retiro forzoso, mientras la jurisdicción resuelve su traslado de fondo de pensiones, aceptando que si bien algunos de sus derechos pueden verse afectados con la pérdida de su empleo, se presenta un choque de derechos, los de quien ocupa el cargo en provisionalidad y los de la persona que ganó el concurso en un plano de igualdad con los demás concursantes, con la observancia del debido proceso, encontró que esos derechos debían ser ponderados para establecer cuáles prevalecen, ponderación que dijo hizo la Corte Constitucional cuando indicó que: *“...En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista por 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”*

Concluyó diciendo que en ese escenario lo que debe hacer Gustavo Correa Roldán es agotar los trámites para acceder a la pensión, a la que ya tiene derecho.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el gestor constitucional impugna el fallo, indicando que:

“... Como se citó en el aparte anterior, en la parte considerativa y resolutive no se evidencia una valoración de elementos normativos y los fundamentos de derecho expuestos que, a mi juicio, son de cardinal importancia como lo fue el artículo 8 de la Ley 2040 de 2020 que de forma tajante y explícita determina:

“Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de restructuración administrativa o provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional”.

En su Decreto Reglamentario 1415 del 4 de noviembre de 2021 (especialmente en el artículo 1 numeral 1 literal a) y d) así como el numeral 2 y el artículo 2); normas vigentes al momento de la desvinculación y en las cuales se protege de manera especial, clara y concisa el estatus laboral de los funcionarios próximos a pensionarse. Para darle al señor juez elementos concretos de juicio vale la pena citar textualmente esos artículos concretos:

1° “Acreditación de la causal de protección:

a) Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de los servidores públicos, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

b) Personas con limitación visual o auditiva: Los servidores públicos que consideren encontrarse dentro del grupo de personas con uno de estos tipos de limitación, deben solicitar la valoración de dicha circunstancia, a través de la Empresa Promotora de Salud, EPS, a la cual estén afiliados y radicar ante el jefe de personal o quien haga sus veces la correspondiente certificación. El organismo o entidad, en caso de duda, solicitará por conducto del jefe de personal, o de quien haga sus veces, la verificación de la valoración Página 6 de 10 presentada al Instituto Nacional para Ciegos (INCI) para las limitaciones visuales; y al Instituto Nacional para Sordos (INSOR) para las limitaciones auditivas

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido”.

Tanto el Municipio de Envigado como el Juzgado Segundo del Circuito de Envigado valoran de manera simplista y mecánica el hecho que ya el accionante cumple los requisitos para pensionarse (edad y semanas cotizadas) en el fondo privado Protección, por alguna clase de capricho o dilación ha decidido acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el traslado de fondo. No siendo ésta una actuación ligera o superficial, toda vez que la liquidación de la mesada pensional en el actual fondo sólo será de 1 salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el fondo público administrado por Colpensiones tal asignación podría incrementarse hasta en un 100% adicional (el doble de lo que se recibiría en el fondo privado) de ahí que con las expectativas de consolidar un proyecto de vejez digna para mí y mi esposa (quien no consolidará este derecho respecto del monto de sus cotizaciones y su edad) es menester agotar este proceso de única instancia por la mera expectativa de una asignación vitalicia que pretenda llevar una vida mejor en este tramo de la existencia; no pretendiendo extender la estancia laboral luego del reintegro hasta la edad de retiro forzoso como pretensión y deseo sino exponiendo que legalmente existe esta habilitación si el juez de segunda instancia decide amprar los derechos invocados y reintegrar a este cesante trabajador.

- No se considera necesario el ejercicio de ponderación que expresa el juez en el segundo párrafo del folio 14 del fallo impugnado, toda vez que no hay un choque de derechos entre este accionante que estaba en condición de provisionalidad y el señor Vera Tribaldos quien ingresaba en el mismo empleo en calidad de carrera administrativa; sino que se solicitó la revocatoria directa del acto administrativo sólo en el entendido de que no fuera este ciudadano el declarado insubsistente y en su lugar se decretara esa pérdida del empleo respecto de cualquiera de los otros tres funcionarios que ocupaban la misma plaza en provisionalidad y que a mi juicio no cumplen con ninguna de las causales de protección que a mi si me cobijan.*

Asunto que no fue tratado en absoluto en el Decreto que contestó el derecho de petición por parte del municipio de Envigado, ni tampoco fue considerado siquiera por el juez de primera instancia, quien aún después del auto que decretó la nulidad tampoco acató vincular a esos funcionarios en la práctica de pruebas.

El Juzgado de primera instancia apenas se limitó siquiera a copiar y pegar en las consideraciones del fallo nulo con los mismos argumentos jurídicos expuestos por el Municipio de Envigado en la respuesta al derecho de petición citado; no haciendo siquiera una valoración escueta de las pruebas aportadas por el accionante, reproche que le cabe a este fallo toda vez que es evidente la postura pro institucional tomada por la autoridad judicial en desmedro de la protección constitucional amparada por este ciudadano que es la parte débil de la relación laboral y que sólo pide se le respeten sus

derechos fundamentales mediante una valoración objetiva de los hechos, el amparo pedido y las pruebas que se pudieron aportar en esta situación de vulnerabilidad en la que actualmente me encuentro. •

Estima el accionante que por lo menos probó sumariamente su condición de afectación del despido por tener causales como la mayoría de la edad, tener el derecho pensional en litigio pendiente, una afectación auditiva y un grupo familiar dependiente económicamente de los ingresos derivados de la relación laboral extinta, no se entendió porque el juez no indagó nada adicional al respecto ni se contempló en la respuesta al líbello de la acción de tutela ni al derecho de petición radicado ante el Municipio de Envigado.

De acuerdo con lo anteriormente descrito, con las pruebas aportadas en la tutela inicial y los argumentos de hechos y derecho allí esbozados, solicito respetuosamente en la presente impugnación:

Se revoque el fallo de primera instancia de la acción de la referencia y de declare la procedencia de la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo y más expedito para la protección de mis derechos fundamentales a la seguridad social, el trabajo, el mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada.

2. El reintegro inmediato a un empleo de iguales o similares funciones y asignación salarial en la planta general de cargos del Municipio de Envigado.

3. El pago de los salarios dejados de percibir y los aportes a la seguridad social asumidos por cuenta propia desde el momento de la desvinculación (2 de octubre de 2022) y hasta el reintegro efectivo, en consonancia con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que reza: “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso”.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Acción de Tutela consagrada por el artículo 86 de la Carta Fundamental, ha sido concebida únicamente para la solución efectiva de situaciones de hecho creadas por actos u omisiones de autoridad o de particulares en casos específicos, que implican la trasgresión o la amenaza de un Derecho que la misma Constitución ha resaltado como Fundamental y respecto de las cuales el orden jurídico no ha previsto mecanismo alguno para invocarse ante los Jueces y así lograr su protección. De otra forma procede para dar respuesta eficiente y

oportuna a circunstancias que, por carencia de previsión normativa específica, colocan al ciudadano en clara indefensión frente a actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

2. Frente al requisito de subsidiariedad resulta preciso recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 Constitucional, señaló que la tutela resulta improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

La Corte Constitucional¹ ha sostenido que es un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos, pues de no ser así, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales.

3. Al respecto, la Sala observa que el actor empleó la acción de tutela para controvertir actos administrativos dictados en un concurso de méritos que deciden su situación particular y concreta. No obstante, es claro que el legislador estableció un mecanismo ordinario para tal efecto, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra regulado en el artículo 138 del CPACA, en virtud del cual *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”*.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-425 de 2019 adujo que “la competencia del juez de tutela no se torna preferente simplemente porque los concursos de méritos tengan plazos cortos para su ejecución. De admitirse que el tiempo en que se surten las etapas de una convocatoria es una condición que limita per se la eficacia del medio ordinario, el juez constitucional se convertiría en el juez universal de los concursos”. Además, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional aseveró que el control jurisdiccional de los actos administrativos resulta idóneo para garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales de los participantes en un concurso público, a través de las medidas cautelares que pueden solicitarse en el proceso judicial, tales como, la suspensión provisional (art. 231 del CPACA) o la medida cautelar de urgencia (art. 234 del CPACA).

Ahora bien, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos aun respecto de aquellos dictados en un concurso de méritos, siempre que se expidan antes de la lista de elegibles, con el fin de analizar, por ejemplo, que una decisión de exclusión de un aspirante por no haber cumplido determinado requisito se encuentre o no ajustada a la convocatoria que es donde se fijan las reglas aplicables en el proceso de selección , así como para evitar un perjuicio irremediable.

4. El actor solicita que, a través de este mecanismo constitucional, se le protejan los pretende a través de este mecanismo de protección, se deje sin efecto el artículo 5 de la parte resolutive del Decreto 469 del 23 de agosto de 2022, en lo relativo a la declaración de insubsistencia del nombramiento que ocupaba, y dado lo anterior se ordene el reintegro al cargo que desempeñaba en el municipio de Envigado, junto con el pago de salarios y aportes a seguridad social dejados de percibir, como quiera que en su sentir, la decisión adoptada en el acto en mención, afecta sus derechos fundamentales.

Del material probatorio allegado a este trámite, se tiene que el accionante, estuvo vinculado al servicio del municipio de Envigado en el cargo de guardián, hasta el día 2 de octubre de 2022, fecha que se hizo efectivo el acto administrativo número 469 del 23 de agosto de 2022, a través del cual se dispuso:

“(.....). Artículo 1. Nombrar en periodo de prueba al señor Orlando Vela Tribaldos identificado(a) con cédula de ciudadanía número 79485079, en el empleo denominado Guardián, NUC 2000000947, Código 485, Grado 03, adscrito a la Dirección de Seguridad de la Secretaría de Seguridad y Convivencia, con una asignación básica mensual de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS 00/100. (\$2,490,416). (....).”

“(...). Artículo 5. Declaratoria de Insubsistencia. Como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba contenido en el artículo 1 del presente acto administrativo, se declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del servidor Gustavo Correa Roldán identificado(a) con cédula de ciudadanía número 70547419. (.....).”

Depreca el ruego constitucional el gestor constitucional, pues dice que tiene la condición de estabilidad laboral reforzada, por ser padre cabeza de familia, tener problemas auditivos, y contar con 66 años por lo que pide sea reintegrado a su cargo hasta tanto se le defina por la jurisdicción ordinaria el traslado de régimen pensional que presentó.

Igualmente, que se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Protección S.A., conforme al extracto aportado; en donde se acreditar que a la fecha en que se emitió el documento contaba con 1.439.86 semanas cotizadas; habiendo presentado demandada ordinaria laboral tendiente a obtener la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, con miras a retornar al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, y sea esta última que le resuelva su situación pensional, trámite que según se desprende de los documentos aportados, cursa en el Juzgado Primero Laboral de este circuito judicial.

5. Luego, la Corte Constitucional ha definido que la condición de prepensionado la ostenta quien tenga contrato de trabajo y que le falten tres 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, pero esa situación no se da en este caso, pues para la fecha de la desvinculación, el actor contaba con la edad y tiempo de cotización para acceder a su pensión.

Ha dicho el máximo Tribunal:

*“.. 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. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte², la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas³. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

“[...] 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”⁴.

1. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de

² Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

³ Esta figura, a nivel legal, se consagró en la Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 de 2012.

semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

2. La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

3. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁵.

4. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

1.1. Aplicación de la segunda regla de unificación jurisprudencial al caso en concreto

5. El accionante ha cotizado más de 1300 semanas; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional. Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o

⁵ Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: “¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela”. Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado”.

sin vinculación laboral vigente⁶. En efecto, tal como tuvo oportunidad de plantearse en el numeral anterior, no existe un riesgo cierto, actual e inminente que impida la consolidación del derecho pensional, pues esta no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁷.

6. En conclusión, de conformidad con el razonamiento expuesto en el numeral 4.1 supra y la fundamentación del f.j. anterior, en el presente caso ni el accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada, como tampoco acreditaba la condición de prepensionable. Por una parte, el cargo que desempeñaba era uno de libre nombramiento y remoción, que correspondía a aquellos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”. Por otra parte, no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional al comprobarse que había cotizado el mínimo de semanas necesarias para acceder a su pensión de vejez, y únicamente le restaba el requisito de edad...”⁸ (negritas son del texto)

7. Ahora, la desvinculación del actor se dio por el nombramiento en período de prueba de quien ocupaba un lugar en la lista de elegibles, habiéndolo hecho en cumplimiento de una norma de rango constitucional, y una vez la lista de elegibles adquiere firmeza, los que allí se encuentren incluidos adquieren un derecho adquirido a ser nombrados en las vacantes disponibles, en estricto mérito u orden descendente de puntajes y acorde a la disponibilidad de vacantes efectivas durante la vigencia de la lista.

Lo anterior, en respeto del artículo 58 Superior y el Acuerdo de la Convocatoria, esto es, se considera que en los casos mencionados, ha ingresado tal derecho al patrimonio de su titular, configurando una situación particular y concreta a su favor que no puede ser desconocida ni menoscabada por la administración, como lo ha resaltado en varios fallos la Corte Constitucional, entre ellos la sentencia de unificación SU-913 de 2009 -reiterado entre otras en la sentencia T-180 de 2015-, donde se indicó que la lista de elegibles en firme solo es modificable por orden judicial y resaltando la Corte que

⁶ A excepción, claro está, de la frustración de la posible *mera expectativa* de incremento de la futura mesada pensional, como consecuencia de la cotización de un mayor número de semanas.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-972 de 2014.

⁸ SU003 de 2018

ello implica entre otros, respeto por la confianza legítima de los concursantes que se sometieron a las reglas de la convocatoria.

En ese sentido, debe resaltarse lo elucidado por la Corte Constitucional – T 156 de 2012 - en torno a lo lesivo para los derechos fundamentales que pue resulta el desconocer los efectos vinculantes de listas de elegibles en firme, elucidó: “(...) Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables, una vez publicadas y se encuentran en firme”, y en cuanto a que “aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho adquirido que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concursos de méritos a ser nombrados en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo; en palabras de la Corporación, la Corte mediante sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.

Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar en concurso-, sería escogida para el efecto.

En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y

probablemente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de buena fe -artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que había ocupado el primer lugar ...”

En tal sentido, las listas de elegibles en firme y durante su vigencia, se tornan en actos administrativos que -a pesar de su naturaleza plural- crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto respecto de quienes conforman la lista, que no pueden ser desconocidos por parte de la administración, entre ellos a ser nombrado en período de prueba, pues la Convocatoria no solo es ley para los aspirantes en tal aspecto, sino también para la respectiva entidad pública.

5. Luego, de entrada, observa la Sala la improcedencia del presente mecanismo constitucional no sólo porque no se vulneró ningún derecho fundamental de los cuales deprecó amparo el gestor constitucional, pues es claro como lo definió el juez de instancia y que comparte la Sala, el Municipio de Envigado procedió al nombramiento en periodo de prueba en el cargo que ocupaba el actor, que no ostenta la condición de estabilidad laboral reforzada, pues como se evidenció ostenta los requisitos para adquirir su pensión y no se encuentra dentro de las condiciones que estableció el máximo Tribunal, sino además por falta de requisito de subsidiariedad pues la acción de tutela es improcedente para controvertir las irregularidades acontecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en este se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho,

dentro del cual es posible acudir a la solicitud de medidas cautelares, ante un inminente perjuicio.

De conformidad con lo expuesto, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo y eficaz al existir otro mecanismo de defensa judicial ordinario, la solicitud de amparo no cumple el requisito adjetivo de la subsidiariedad y, tampoco logró acreditar la configuración de un perjuicio irremediable, pues lo que se advierte es que la parte actora de manera anticipada promovió la acción de tutela.

6. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho referencia a la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos⁹. En este sentido, como regla general ha señalado que no es la acción de tutela la adecuada para discutirlos. Son más apropiados los procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.¹⁰ En principio, es esa jurisdicción la llamada a estudiar y resolver los conflictos que se originen con ocasión de la expedición de un acto administrativo. Así pues, por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que puedan ser vulnerados con ocasión de la expedición de un acto administrativo, toda vez que existen otros mecanismos judiciales para buscar su defensa.

7. Por último, en cuanto a la petición que hace la vinculada Alcira Sofía Mamanche Pineda en la que solicita se ordene al municipio de Envigado no solo declarar la insubsistencia del accionante, sino de todos los funcionarios que ocupan la respectiva vacante del empleo denominado Guardián Código 485, Grado 3, identificado con el Código

⁹ “... Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”⁹

¹⁰ Ver entre otras T-600/02, T- 771/04 y T.199/08.

OPEC No. 77811, procesos de selección territorial 2019 que se encuentren en provisionalidad, pues considera que existe lista de elegibles vigente mediante la resolución 10147 del 12 de noviembre de 2021 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y se proceda con el nombramiento de los elegibles que se encuentran en la posición 14 a la 21, toda vez que hay vacantes ocupadas en provisionalidad, la misma se torna improcedente, pues no es esta la vía judicial para su pretensión.

V. DECISIÓN

Consecuente con lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN EN SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional;

FALLA

Primero. CONFIRMA la sentencia que fue objeto de impugnación, de naturaleza, procedencia y fecha antes anotada, instaurada por Gustavo Correa Roldán frente a la sentencia del 22 de noviembre último proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, que negó el ruego constitucional deprecado por el recurrente contra el Municipio de Envigado y Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde se ordenó la vinculación de Orlando Vera Tribaldos, y de los aspirantes que superaron la fase eliminatoria del examen y quedaron habilitados en la lista de elegibles para ocupar las vacantes al empleo de guardián con OPEC 77811 (determinadas en la Resolución 10147 del 12 de noviembre de 2021 emitida por la CNSC)

Segundo. Lo decidido se notificará a las partes y al Juzgado de origen por la vía más expedita posible.

Tercero. Una vez efectuadas las respectivas notificaciones, el expediente se remitirá a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión.

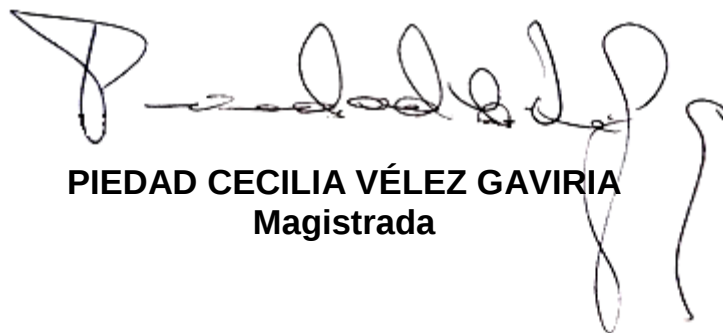
NOTIFIQUESE



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada